PREDATORY PRICING AND STATE BELOW-COST SALES STATUTES IN THE UNITED STATES: AN ANALYSIS

by
Terry Calvani*

* Partner, Pillsbury Madison & Sutro (Washington, D.C. & San Francisco, CA); formerly Commissioner, United States Federal Trade Commission.

102-05314/

PREDATORY PRICING AND STATE BELOW-COST SALES STATUTES IN THE UNITED STATES: AN ANALYSIS

by

Terry Calvani*

The following is an analysis of the United States treatment of predatory pricing including state below-cost sales laws. The United States Federal Trade Commission was an active participant in formulating predatory pricing policy during my term of office as Commissioner. I have drawn on this experience where appropriate.

EXECUTIVE SUMMARY

Predatory pricing is generally defined as sales below cost by a dominant firm over a long enough period of time for the purpose of driving a competitor from the market; the predator firm then raises prices to supracompetitive levels to recoup its losses and render the practice profitable.[1]

The United States has a rich history of both statutory and case law that treats issues of price predation. Early federal judicial treatment was both aggressive and economically unsophisticated. As a result the law of predatory pricing suppressed competition to the injury of consumers who paid supra-competitive prices. Federal law on predatory pricing has become more rational and pro-consumer. Today there is a consensus led by the U.S. Supreme Court that instances of predatory pricing are very rare and that courts ought not intervene absent proof of sales below an economically informed measure of costs and

---

* Partner, Pillsbury Madison & Sutro (Washington, D.C. & San Francisco, CA); formerly Commissioner, United States Federal Trade Commission.

[1] *See generally,* Director of Investigation and Research, *Predatory Pricing Enforcement Guidelines (1992)* [hereinafter "*Predatory Pricing*"].

evidence of probable recoupment.[2] The U.S. federal approach to the subject is quite similar to that of the Canadian Competition Bureau as reflected in its *Predatory Pricing Enforcement Guidelines*.[3]

Many, although by no means all, of the states have laws that purport to treat predatory pricing. Some states have predatory pricing laws of general application. Other state laws focus on specific markets, e.g., retail sale of gasoline. Some have both. Construction and enforcement of state law is also diverse. Some states, like their federal counterparts, require proof of sales below an economically informed measure of costs and proof of probable recoupment. Others have adopted a more "populist" view reminiscent of the federal treatment in an earlier age and focus on injury to competitors rather than injury to competition. In yet other states, there has been little activity.

Studies of gasoline markets demonstrate that consumers pay higher prices in markets with gasoline below costs sales laws. More interestingly, however, these studies also show that independent dealers are not better off as a result of the laws. Thus consumers pay higher prices, but independent dealers obtain no greater returns. Perhaps for these reasons, efforts to secure similar legislation at the federal level in the U.S. have failed.

U.S. antitrust law is dynamic. Federal antitrust law has matured and today seeks to protect competition and not competitors. The new learning has not fully embraced state law as yet, but there is evidence that state legislatures and judiciaries are becoming more sophisticated.

PREDATORY PRICING LAWS GENERALLY

1. The U.S. Federal Experience--

---

[2] As discussed more fully later, three developments were important during this evolution. First, the courts began to appreciate that erroneous enforcement deters vigorous price competition and increase prices. Given that erroneous intervention increases costs to consumers, the courts became more cautious. Second, the case law embraced a more meaningful and economically based definition of "below cost." Lastly, the courts concluded that there is no significant prospect of injury to competition unless the alleged predator is subsequently able to recoup the costs of its predation. Accordingly, proof of likely recoupment has become a necessary element of plaintiff's case.

[3] *See, Predatory Pricing, supra* note 1.

United States federal law[4] (like the federal law of Canada[5]) proscribes predatory pricing.[6] In general, "predatory pricing" occurs "where a dominant firm charges low prices over a long enough period of time so as to drive a competitor from the market or deter others from entering and then raises prices to recoup its losses."[7] Although predatory pricing was once thought commonplace, claims of predation have produced few recent federal cases in the United States.[8] Today there is a consensus, led by the United States Supreme Court, that claims of predatory pricing ought to be approached with a very healthy skepticism.[9] Careful consideration of the subject explains why this is so.

Low prices are the object of competition policy and a boon to consumers.[10] It is only when low prices pose a serious problem that they become legitimate objects of concern. That is to say when they drive competitors from the market and subsequently enable the predator to raise and maintain anticompetitive prices to the injury of the consuming public.[11] Separating the low

---

[4] Predatory pricing is treated under two different antitrust laws. Predatory pricing is often alleged as a means of attempted monopolization proscribed under Section 2 of the Sherman Act, 15 U.S.C. § 2. It is also the theory employed in primary-line (seller-level) cases brought pursuant to the Robinson Patman Act, 15 U.S.C. § 13 *et seq*. While the former is self-explanatory, the latter requires more commentary. The Robinson Patman Act proscribes certain price discrimination. One type involves an allegation that a seller is pricing its products "below cost" in one area while pricing "above costs" in another. The Robinson Patman Act was enacted in an effort to stem the growth of chain stores in the United States. For a discussion of the history of the law, see Calvani & Breidenbach, *An Introduction to the Robinson Patman Act and Its Enforcement by the Government*, 59 Antitrust L.J. 765 (1991).

[5] Competition Act § 50.

[6] *See generally*, Calvani & Lynch, *Predatory Pricing Under the Robinson-Patman and Sherman Acts: An Introduction*, 51 Antitrust L.J. 375 (1982) [hereinafter "Calvani/Lynch"]; Calvani & Lynch, *Predatory Pricing After Matsushita*, 7Antitrust 22 (June 1986); ABA, Antitrust Section, Monograph No. 22, Predatory Pricing (1996).

[7] *Predatory Pricing*, *supra* note 1, at 1.

[8] The same can be said in Canada. In *Predatory Pricing Enforcement Guidelines*, the Bureau noted that claims of predatory pricing had produced very few cases. *Id.*

[9] *See* note 36, *infra*, and accompanying text.

[10] "Low prices benefit consumers regardless of how those prices are set ...." Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum Co., 495 U.S. 328, 340 (1990).

[11] As two of the leading scholars in this field have written:

> [P]redation...cannot exist unless there is a temporary sacrifice of net revenues in the expectation of greater future gains....Thus, predatory pricing would make little economic sense to a potential predator unless he had (1) greater financial staying power than his rivals, and (2) a very substantial prospect that the losses he incurs in the predatory campaign will be exceeded by the profits to be earned after his rivals have been destroyed.

Donald F. Turner & Philip Areeda, *Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act*, 88 Harv. L. Rev. 697 (1975) [hereinafter "Areeda/Turner"].

competitive prices from real predation is the task—and a difficult one at that. As one distinguished jurist recently wrote:

> Consumers, for whose benefit the antitrust laws are designed, welcome low prices but not monopoly prices. Contentions that firms practice predatory pricing—the sequence low-price-now-high-price-later—accordingly create difficult problems for courts. If a rival files suit during the "low price" period, how can a court tell whether the price is low because the defendant is an efficient producer driving down costs (or just driving price down to cost) as opposed to a predator? A price "too low" for an inefficient rival may be just right from consumers' perspective, showing only that the defendant's costs of production are lower than those of the plaintiff—for which it should receive a reward in the market rather than a penalty in the courthouse. So the plaintiff's observation that it is losing business to a rival that has slashed prices is consistent with both aggressive competition and predatory pricing. How to tell them apart?[12]

The two look very much alike. The inherent difficulty of separating predatory from tough competition cautions modesty by antitrust policy makers lest they unwittingly intervene to the detriment of consumers whose interest they seek to protect.

The legal history of predatory pricing in the U.S. sheds some light on this problem. This history can be conveniently treated in three periods. During the first period following enactment of the Sherman Act[13] through the 1960's, claims of predatory pricing were taken quite seriously.[14] Indeed, the allegedly predatory tactics employed by John D. Rockefeller and the "Standard Oil Trust" are part of American folklore.[15] *The Standard Oil Case*[16] became the paradigm. It was widely believed that "Robber Barons" were successfully able to drive competitors from the marketplace by temporarily selling below cost. Once achieved, these

---

[12] A. A. Poultry Farms, Inc. v. Rose Acre Farms, Inc., 881 F.2d 1396, 1400 (7th Cir.1989; Easterbrook, J.).

[13] 15 U.S.C. §§ 1-7.

[14] Prior to the passage of the Sherman Act in 1890, common law judges attached little significance to predatory pricing. The freedom to trade, it was reasoned, would defeat the efforts of any company to dominate a market through predatory schemes. Calvani/Lynch 376.

[15] *See., e.g.*, Ida Tarbell, History of the Standard Oil Company (1904).

[16] Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911).

firms would raise prices above a competitive level and use those monopoly profits to finance predation elsewhere until they had taken over the entire marketplace.[17]

This view reached its zenith in the U.S. Supreme Court's decision in *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co.*[18] There plaintiff, the leading vendor of frozen pies in its market, brought suit against three national bakeries alleging that they had increased their market share by predatory pricing. Finding that the national bakeries sought to increase their market share above their combined 28% the Court concluded that they charged less for their pies in the plaintiff's market than they did elsewhere. Indeed, during the forty-four month "price war", the defendants saw the plaintiff's market share decrease to 45%. The Supreme Court reinstated the jury verdict for the plaintiff notwithstanding evidence that the plaintiff's sales volume had increased during the relevant period and that it had continued to make a profit. While the Court did not address the specific definition of "below cost" sales, it suggested that average total cost was the appropriate standard. Suffice it to say that predatory pricing cases of the era were characterized by the relative large size of the alleged predator, geographic price discrimination, sales below average total costs, and predatory intent.[19]

The *Utah Pie* decision stood antitrust principles on their head. Before the "price war" plaintiff enjoyed a "quasi-monopolistic 66.5% of the market."[20] It remained profitable throughout the period; indeed, its sales volume increased. As the dissenting Justices observed: "[I]f we assume that the price discrimination proven against the respondents had any effect on competition, that effect must have been beneficent. [T]he Court has fallen into the error of reading the [statute] as protecting competitors, instead of competition. ..."[21] *Utah Pie* and its progeny mark the high point in U.S. antitrust attention to predatory pricing and "below cost" sales.[22]

The second period was inaugurated with the publication of a truly seminal article on predatory pricing by two eminent antitrust scholars in 1975. While the

---

[17] It should be noted that later scholars have questioned whether Rockefeller and the Standard Oil Company ever actually engaged in predatory pricing. *See, e.g.*, McKee, *Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N.J.) Case*, 1 J.L. & Econ. 137 (1958).

[18] 386 U.S. 685 (1967).

[19] Calvani/Lynch 378; *see also* Brodley & Hay, *Predatory Pricing: Competing Economic Theories and the Evolution of Legal Standards*, 66 Cornell L.Rev. 738 (1981).

[20] 386 U.S. at 705.

[21] Stewart & Harlan, JJ., dissenting.

[22] The decision was widely criticized by the commentators. *See, e.g.*, Bowman, *Restraint of Trade by the Supreme Court: The Utah Pie Case*, 77 Yale L.J. 70 (1967).

legal treatment of price predation had been criticized by many,[23] *Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act* by Harvard Law School Professors Donald F. Turner[24] and Philip Areeda[25] radically changed the U.S. approach to the subject.[26] Their important article offered a cost-based rule for determining whether or not a pricing strategy is predatory.

Areeda & Turner observed that predatory pricing is not common.[27] Nonetheless, they concluded that predatory pricing is still a subject for legitimate concern to antitrust policy makers as long as great care is taken not to deter vigorous competition.

> That predatory pricing seems highly unlikely does not necessarily mean that there should be no antitrust rules against it. But it does suggest that extreme care be taken in formulating such rules, lest the threat of litigation...materially deter legitimate, competitive pricing.[28]

Areeda and Turner develop their rule from an analysis of the short-run, static model of the firm used in all introductory price theory texts. Asserting the textbook theorem that marginal cost pricing leads to a proper allocation of resources in the short run and claiming that the only explanation for below-marginal cost pricing is exclusionary behavior, Areeda and Turner suggest:

a. Any price at or above "reasonably anticipated" short-run marginal costs is nonpredatory.

---

[23] *See, e.g.*, McKee, *supra* note 17; Elzinga, *Predatory Pricing: The Case of the Gunpowder Trust*, 13 J.L. & Econ. 223 (1970); *see also*, Koller, *The Myth of Predatory Pricing: An Empirical Study*, 4 Antitrust L. & Econ. Rev. 105 (Summer 1971).

[24] Donald F. Turner was both a lawyer and an economist by training. He served as Assistant Attorney General for Antitrust under President Lyndon Johnson. Turner was Bussey Professor of Law at Harvard Law School until his retirement in 1979.

[25] Phillip Areeda was Langdell Professor of Law at Harvard Law School and served as Counsel to President Gerald Ford. At the time of his death in 1997, he was regarded as the foremost antitrust scholar in the United States.

[26] 88 Harv. L. Rev. 697 (1975), *supra* note 11, *cited as* "Areeda/Turner."

[27] *See also*, R. Bork, The Antitrust Paradox 433 (1993).

[28] Areeda/Turner ¶ 711. Empirical research suggests that it is difficult to segregate cases of predation from tough competition. Professor Koller reviewed some ninety-five cases decided between the passage of the Sherman Act in 1890 and 1971. Of the twenty-six with sufficient records to study, Koller found only seven where the evidence supported a finding to actual predation. *See* Koller, *supra* note 23, at 112.

b. A price below "reasonably anticipated" short-run marginal cost is predatory unless at or above average total cost....

c. Since data on marginal costs are difficult to obtain, average variable costs, which are much easier to ascertain, should be used by the courts as a surrogate for marginal costs in the above formulation, unless average variable costs fall significantly below marginal cost in the relevant range of output.[29]

Without embarking on an exegesis of the legal and economic literature, suffice it to say that almost every Court of Appeals in the United States has embraced some form of the Areeda-Turner test.[30] The mode of analysis used by the Canadian Competition Bureau is consistent.[31] The problem with the Areeda-Turner cost-based test is that it is not easy to apply in reality.[32]

While it is difficult to fix with precision the start of the third and latest period, the 1989 decision of the Court of Appeals in *A.A. Poultry Farms, Inc. v. Rose Acre Farms, Inc.*[33] is an appropriate place to begin. The case involved a pricing battle between egg producers. The plaintiff's expert economist had testified at trial that the defendant's prices were below its average total costs and less than its average variable costs for a period of time. Moreover, the cost data were accompanied by executive comments evidencing predatory intent. Some of the more colorful ones included: "We are going to run you out of...business. Your days are numbered."[34] Recognizing that application of a price/cost standard is "difficult business,"[35] the court stated that one should first consider the likelihood that the predator would be able to recoup its predation costs.

---

[29] Calvani/Lynch 380-81, *quoting* Areeda/Turner ¶¶ 711(d), 715 (d). For a discussion of the various critiques, see Calvani/Lynch 381-94. *See also*, Economic Analysis & Antitrust Law 231-45, 279-82 (T. Calvani & J. Siegfried eds., 2d ed. 1988).

[30] ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments 256-62 (4th ed. 1997); Hurwitz & Kovacic, *Judicial Analysis of Predation: The Emerging Trends*, 35 Vand. L.Rev. 63 (1982); ABA Monograph, *supra* note 6 at 8.

[31] *Predatory Pricing*, *supra* note 1, Preface § 2.22.

[32] The determination of which costs are variable is a function of the jury. ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments, *supra* note 30 at 255. This means that pretrial discovery and the trial itself are often taken up with laborious and difficult issues of cost characterization and expert testimony on those points.

[33] 881 F.2d 1396 (7th Cir., Easterbrook, J.).

[34] 881 F.2d at 1398.

[35] 881 F.2d at 1400.

> Predatory prices are an investment in a future monopoly, a sacrifice of today's profits for tomorrow's. The investment must be recouped. If a monopoly price later is impossible, then the sequence is unprofitable and we may infer that the low price now is not predatory. More importantly, if there can be no "later" in which recoupment could occur, then the consumer is an unambiguous beneficiary even if the current price is less than the cost of production. Price less than cost today, followed by the competitive price tomorrow, bestows a gift on consumers. Because antitrust laws are designed for the benefit of consumers, not competitors..., a gift of this kind is not actionable.[36]

Because determination of likelihood of recoupment is easier than undertaking the price/cost characterization and comparison,[37] the court held that trial courts ought to undertake the recoupment analysis first. If recoupment is implausible, then one need not undertake the laborious price/cost exercise.

> Market structure offers a way to cut the inquiry off at the pass, to avoid the imponderable questions that have made antitrust cases among the most drawnout and expensive types of litigation. Only if market structure makes recoupment feasible need a court inquire into the relation between prices and cost."[38]

Recoupment is a necessary, but insufficient, element of the plaintiff's case. The court went on to state that intent ought play no role in assessing whether conduct is predatory.[39]

---

[36] 881 F.2d at 1401. (Citations omitted.)

[37] "It is much easier to determine from the structure of the market that recoupment is improbable than it is to find the cost a particular producer experiences in the short, middle, or long run (whichever proves pertinent)." *Id.*

[38] *Id.*

[39] The court's discussion of intent is most interesting:

> Reference to intent could not help the court determine whether recoupment is possible, and unless recoupment lies in store even the most vicious intent is harmless to the competitive system.
>
> Several other compelling reasons support the conclusion that intent plays no useful role in this kind of litigation. Firms "intend" to do all the business they can, to crush their rivals if they can....Rivalry is harsh, and consumers gain the most when firms slash costs to the bone and pare price down to cost, all in pursuit of more business..... Entrepreneurs who work hardest to cut their prices will do the most damage to their rivals....If courts use the vigorous, nasty pursuit ot sales as evidence of a forbidden "intent", they run the risk of penalizing the motive forces of competition. (Citations omitted.)

This approach was embraced by the U.S. Supreme Court in *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*[40] The case involved allegations of predatory pricing by Brown & Williamson against a smaller rival in an effort to discipline the pricing of generic cigarettes.[41] The case is important for several reasons. First, the Court noted that predatory pricing was generally implausible.[42] Justice Kennedy, writing for the Court, noted earlier authority that concluded "predatory pricing schemes are rarely tried" citing *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*[43] In Matsushita, the Court had stated:

> [T]he success of such schemes in inherently uncertain: the short-run loss is definite, but the long-run gain depends on successfully neutralizing the competition. Moreover, it is not enough simply to achieve monopoly power, as monopoly pricing may breed quick entry by new competitors eager to share in the excess profits. The success of any predatory scheme depends on *maintaining* monopoly power for long enough both to recoup the predator's losses and to harvest some additional gain. Absent some assurance that the hoped-for monopoly will materialize, *and* that it can be sustained for a significant period of time, "[t]he predator must make a substantial investment with no assurance that it will pay off." ... For this reason, there is a consensus among commentators that predatory pricing schemes are rarely tried, and even more rarely successful.[44]

> Almost all evidence bearing on "intent" tends to show both greed-driven desire to succeed and glee at a rival's predicament.....Firms need not like their competitors; they need not cheer them on to success; a desire to extinguish one's rivals is entirely consistent with, often is the motive behind, competition.

881 F.2d at 1401-02.

[40] 509 U.S. 209 (1993).

[41] More specifically, the market in question was held by six principal firms, there was little price competition and profits were high. Plaintiff was the first major cigarette manufacturer to promote a much less expensive "generic" product. This market expanded as smokers switched to generic products. Defendant, the third largest manufacturer with a 12% market share, introduced a competing generic cigarette, which it priced at a lower wholesale price than that charged by plaintiff. A price war ensued during which plaintiff alleged that defendant sold product at a loss. Plaintiff's theory was that the defendant sought to force plaintiff to increase its prices in order to minimize the price gap between the generic and branded products in an effort to maintain the profitability of the branded line. The jury returned a verdict for the plaintiff, which was set aside by the Court of Appeals.

[42] "In Matsushita, we remarked upon the general implausibility of predatory pricing." 509 U.S. 209, 227, *citing* Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574, 588-590 (1986).

[43] 475 U.S. *id.* at 589.

[44] *Id.*, *quoting* Easterbrook, *Predatory Strategies and Counterstrategies*, 48 U. Chi. L.Rev. 263, 268 (1981).

Second, the Court stated that only truly below costs sales ought be treated as predatory. In that connection, the Court observed:

> [T]he exclusionary effect of prices above a relevant measure of cost either reflects the lower cost structure of the alleged predator, and so represents competition on the merits, or is beyond the practical ability of a judicial tribunal to control without courting intolerable risks of chilling legitimate price-cutting. "To hold that the antitrust laws protect competitors from the loss of profits due to such price competition would, in effect, render illegal any decision by a firm to cut prices in order to increase market share. The antitrust laws require no such perverse result."[45]

The Court did not further discuss which price/cost standard was appropriate because both parties had stipulated that average variable cost, as a surrogate for marginal cost, was the standard to be applied.

Third, the Court held that plaintiff must prove the likelihood that the alleged predator will be able to later recoup the losses associated with its predatory pricing. The Court reasoned that the unsuccessful predator (the firm that prices predatorily but is unsuccessful thereafter raising prices above a competitive level) does not present an antitrust issue.[46] While that firm may have made life miserable for firms within the market, consumers reap the benefit. Mr. Justice Kennedy wrote: "That below-cost pricing may impose painful losses on its target is of no moment to the antitrust laws if competition is not injured: It is axiomatic that the antitrust laws were passed for "the protection of *competition*, not *competitors*."[47]

---

[45] 509 U.S. 209, 223, *quoting* Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc., 479 U.S. 104, 116 (1986). Justice White, the author of the Court's decision in *Utah Pie*, was sitting on his final term of court. Although the Court did not expressly overrule its earlier decision *in Utah Pie Co.*, it did suggest that the decision "was an early judicial inquiry in this area" that has received subsequent attention by the Court. 509 U.S. at 221.

[46] The Court observed:

> Recoupment is the ultimate object of an unlawful predatory pricing scheme; it is the means by which a predator profits from predation. Without it, predatory pricing produces lower aggregate prices in the market, and consumer welfare is enhanced. Although unsuccessful predatory-pricing may encourage some inefficient substitution toward the product being sold at less than its cost, unsuccessful predation is in general a boon to consumers.

509 U.S. 209, 224 (1993).

[47] *Id.*, *citing* Brown Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294, 320 (1962). (Emphasis added.) The Court also addressed the relationship between the Sherman and Robinson Patman Acts. As noted

While predatory pricing remains actionable under U.S. federal law, the current caselaw is quite skeptical of the theory generally. On the one hand, there is the view that it is rarely tried and even more rarely successful. On the other, there is also the view that the costs of inappropriate intervention are particularly high since consumers are denied the benefits of tough competition. Current law embraces the cost/price tests suggested by Professors Areeda and Turner, which are not easy to satisfy. Moreover, the recoupment requirement imposed by the Court in *Brooke Group* requires plaintiff to demonstrate that there is a likelihood of recoupment before going forward. The universe of actionable cases in U.S. federal courts may not be a null set, but it is not large. Consumers are the beneficiaries of this change in the law.

Unlike state law, U.S. federal law does not contain any significant modern predatory pricing provision that focuses on a specific market or channel of distribution. Efforts to secure special treatment have generally failed. Nonetheless the experience with retail sale of gasoline merits mention. In 1981, the U.S. Department of Energy completed a congressionally-mandated study of the retail gasoline market.[48] The study failed to find indications of predatory pricing and for a short time dampened any congressional enthusiasm for legislation. Throughout the 1980's, however, there were efforts to enact legislation that would require divorcement of retail operations by large integrated petroleum companies. The Small Business Motor Fuel Marketer Preservation Act of 1983 is a good example.[49] As its title would suggest, the legislation was promoted by organizations of independent gasoline retailers. This and similar legislation never secured sufficient support in Congress.[50]

---

earlier, predatory pricing is relevant to both. The Court took this occasion to again state that "'the Robinson-Patman Act should be construed consistently with broader policies of the antitrust laws.'" 509 U.S. at 220, *quoting* Great Atlantic & Pacific Tea Co. v. FTC, 440 U.S. 69, 80 n.13 (1979). It continued: "it has become evident that primary-line competitive injury under the Robinson Patman Act is of the same general character as the injury inflicted by predatory pricing under §2 of the Sherman Act." *Id.*

[48] *See* U.S. Department of Energy, *The State of Competition in Gasoline Marketing* (1981).

[49] S. 40, 98th Cong. (1983).

[50] The antitrust authorities opposed enactment of this legislation as contrary to consumer interest. *See, e.g.*, Testimony of FTC Bureau of Competition Assistant Director Ronald B. Rowe before the Committee on the Judiciary, U.S. Senate on S. 1140 ("Motor Fuel Sales Competition Improvements Act of 1985"), 99th Cong., Oct. 9, 1985. The FTC opined that "there is no credible evidence that the alleged anticompetitive practices the bill purports to correct exist. Present federal laws are sufficient to remedy predatory pricing.... [The bill] would increase the costs of gasoline distribution, eliminate legitimate price competition, and raise prices for motor fuel to consumers."

2. The U.S. State Experience--

Generally-- Many states have laws that address predatory pricing and related issues.[51] In a federal system as diverse as the United States, it is difficult to generalize with precision. Some statutes have been construed more or less consistently with the modern federal precedents described above.[52] Others have been interpreted in the more populist tradition now rejected by the federal courts.[53] Discussing these latter statutes, one commentator has observed:

> [W]hile the [Supreme] Court has justifiably increased the difficulty which plaintiffs face in succeeding on a predation claim under federal law, many states continue to encourage the use of lawsuits to thwart the competitive procompetitive conduct by making it easy to prove a violation of predatory pricing under a "sales below cost" statute.
>
> Ostensibly designed with goals identical to their federal counterparts—to promote competition—these state statutes prohibiting "sales below costs"

Although I do not profess any expertise with reference to Canadian competition law, the U.S. and Canadian federal experience appear quite close. Section 50 of the Competition Law addresses predatory pricing. The *Predatory Pricing Enforcement Guidelines* promulgated by the Director of Investigation & Research present a mode of analysis quite similar to that currently utilized by the U.S. federal courts. *Predatory Pricing, supra* note 1, at 1. Reflecting the new learning of microeconomics, these *Guidelines* observe:

> predatory pricing, which is subject to the competition laws of many nations, has become a better understood phenomenon internationally in more recent times, and its treatment from a competition policy viewpoint now benefits from a more cohesive, analytical approach.

Id. As in the U.S., actual price predation has been rare. *Id.*, The Canadian courts, like U.S. judges today, appear careful to distinguish between injury to competitors and injury to competition. *See* R. v. Consumers Glass Co. (1981), 33 O.R.2d 228 at 247. As in the States, recoupment is an important element of a case. *Predatory Pricing, supra* note 1, at 5, 7-10. Moreover, Canadian and U.S. laws approach the price/cost issue similarly. *Id.*, at 10-13. While there are differences, the two countries federal approaches to predatory pricing are quite alike.

[51] *See generally,* W. Lifland, State Antitrust Law § 2.04 (1998). *See also,* Table A, notes 63-64 and accompanying text, *infra*. For a general discussion of the history of "below-cost sales" legislation in the United States, see Note, *State Legislation Prohibiting Sales Below Cost*, 52 Harv. L.Rev. 1142 (1939).

[52] *See, e.g.,* Caller-Times Publishing Co. v. Triad Communications, Inc. 1992-1 CCH Trade Cas. ¶ 69, 746 (Tex. Sup. Ct. 1992); Ideal Dairy Farms, Inc. v. Farmland Dairy Farms, Inc., 1995-2 CCH Trade Cas. ¶ 71,074 (N.J. App. 1995); Prestressed Concrete Inc. Bladholm Bros. Culvert Co., 1993-1 Trade Cas. ¶ 70,187 (Minn. App. 1993); Ghem, Inc. v. Mapco Petroleum, Inc., 1993 Trade Cas. ¶¶ 70,161; 70,236 (Tenn. 1993).

[53] *See, e.g.,* Turnbull & Turnbull v. ARA Transportation, Inc. , 1990-1 Trade Cas. ¶ 69,073 (Cal. App. 1990); McGuire Oil Co. v. Mapco, Inc., 1993-1 CCH Trade Cas. ¶ 70,133 (Ala.1992).

> are usually poorly disguises attempts to protect small, local businesses from competition by larger, more national firms. Such statutes, therefore, promote inefficiency at the expense of the consumer.[54]

Nonetheless, the U.S. experience with price predation cannot be discussed fully without also focusing on state law.

Foreign commentators sometimes note that the U.S. has a well-developed state regime of predatory pricing legislation. This probably overstates the reality. Some state statutes are enforced, others are not.[55] While one would expect to find higher prices in those jurisdictions with enforcement programs, the implicit threat of prosecution may impact pricing behavior—particularly in those jurisdictions with criminal sanctions.[56] Thus the statutes may affect pricing behavior without regard to the enforcement record.[57]

Some state laws are general;[58] others focus on particular industries like petroleum retailing.[59]

---

[54] Jordan, *Predatory Pricing after Brooke Group: The Problem of State "Sales Below Cost" Statutes*, 44 Emory L.J. 267, 268 (1995). The Robinson Patman Act, 15 U.S.C. § 13-13c, is a good example of such protectionist legislation at the federal level. Originally entitled the "Wholesale Grocers Protection Act," the bill was enacted to protect certain trade channels that were threatened by mass merchandisers. For an examination of the legislative history, see In re General Motors Corp., 103 F.T.C. 691 (1984). For a general discussion of the history of "below-cost sales" legislation in the United States, see Note, *State Legislation Prohibiting Sales Below Cost*, 52 Harv. L.Rev.1142 (1939).

[55] In yet others the courts have either narrowly construed the relevant statute, *see, e.g.*, So-Lo Oil Co. v. Total Petroleum, Inc., 832 P.2d 14 (Okla. 1992), or found it unconstitutional, *see* Kentucky Milk Marketing and Antimonopoly Comm'n v. Kroger Co, 691 S.W.2d 893 (Ky. 1985).

[56] "The ultimate losers...are the consumers living in states with these statutes. If the statute is enforced, these consumers will fact higher prices for goods and services since the statute makes vigorous competition illegal." Jordan, *supra* note 54, at 307.

[57] The sporadic enforcement of some state laws is probably a function of politics; most state attorneys general are elected. While there may be political benefit in supporting legislation aimed at obtaining a "fair profit" for a particular merchant constituency, there may be little gain in actually prosecuting cases that result in higher prices to consumers. This may explain lax enforcement in many states.

[58] One commentator identifies over twenty states that have predatory pricing statutes of general application. Jordan, *supra* note 54. For a partial inventory of these laws, *see* Jordan, *supra* note 54, Appendix (1995). For a general discussion of state below cost legislation, see Annot., *Validity, Construction, and Application of State Statutory Provision Prohibiting Sales of Commodities Below Cost—Modern Cases*, 41 ALR4th 612 (1985) and (Supp.1998).

[59] Still others focus on cigarettes, milk or insurance. Jordan, *supra* note 54, at 305.

TABLE A: STATE SALES-BELOW-COST LAWS

General SBC Law[60]	Gasoline-Specific SBC Law[61]
Arkansas	Alabama
California	Colorado
Colorado	Florida
Hawaii	Massachusetts
Idaho	Missouri
Kentucky	New Jersey
Louisiana	North Carolina
Maine	Tennessee
Maryland	Utah
Massachusetts	
Minnesota	
Montana	
Nebraska	
North Carolina	
North Dakota	
Oklahoma	
Rhode Island	
South Carolina	
Tennessee	
Utah	
Washington	
West Virginia	
Wisconsin	
Wyoming	

[60] The data are taken from Jordon, *supra* note 54, Appendix. The categorization of statutes is imprecise. Accordingly, there are differences among the various sources. These differences are a function of the dates of the studies, whether the writer took into account judicial construction of the statutes, e.g., finding of unconstitutionality, and judgment. I have not undertaken an independent survey of state laws.

[61] The data are taken from Table I of Anderson-Johnson, *infra* note 69, at 7. I have added North Carolina since more recent work by Johnson includes North Carolina. *See* Johnson, *infra* note 82. It should be noted that the authors state that they contacted state authorities to confirm their inventory.

The prohibition against "below-cost sales" of frozen desserts in my home state of Tennessee is one of the more curious.[62]

The efforts to secure state legislation regulating sales within the retail gasoline market, noted above, are a good example of these laws.[63] Generally speaking this legislation has been sponsored by independent dealers organizations.[64] As discussed above, state courts have construed these statutes in different ways. Nonetheless, courts increasingly focus on injury to competition rather than injury to competitors.

The American Law Reports annotation, *Validity, Construction, and Application of State Statutory Provision Prohibiting Sales of Commodities Below Cost*, summarizing the case law, was published in 1985.[65] The current supplement discusses the state case law from 1985 through 1998.[66] Of the eleven below-cost sales cases analyzed in the supplement,[67] a very clear majority were decided in favor of defendants. While this alone does not suggest much, a reading of those recent decisions reflects that state courts are increasingly concerned about injury to competition rather than injury to competitors.[68] Accordingly this

---

[62] *See* Tenn. Code. Ann. § 53-3-201.

[63] Several states have enacted legislation within this decade. For example, Montana enacted legislation in 1991. *See* Mont. Rev. Code § 30-14-801. Colorado enacted legislation in 1993. *See* Col. Rev. Stat. § 6-2-105(1b). Missouri enacted legislation that same year. *See* Mo. Rev. Code §416.600.

[64] The same can be said of the efforts to secure federal legislation. For example, H.R. 2966, proposed in 1992 was championed by the Society of Independent Marketers of America ("SIGMA").

[65] 41 ALR4th 612. The annotation discusses all types of below-cost sales statutes and not just those involving the retail sale of gasoline.

[66] 41 ALR4th 76 (Supp. 1998).

[67] *See* Ghem, Inc. v. Mapco Petroleum, Inc., 850 S.W.2d 447 (Tenn. 1993), 1993-1 Trade Cases (CCH) ¶ 70,161; Hartsock-Flesher Candy Co. v. Wheeling Wholesale Grocery Co., 328 S.E.2d 144 (1984), 1984-2 Trade Cases (CCH) ¶ 66,321; Kentucky Milk Marketing & Antimonopoly Com. v. Korger Co., 691 S.W.2d 893 (Ky. 1985), 1985-1 Trade Cases (CCH) ¶ 66,596; Remote Services, Inc. v. FDR Corp., 764 S.W.2d 80 (Ky. 1989), 1989-1 Trade Cases (CCH) ¶ 68, 394; McGuire Oil Co. v. Mapco Petroleum, Inc., 763 F. Supp. 1103 (S.D. Ala 1991); Money Back Inc. v. Gray, 569 S.2d 325 (Ala. 1990); Star Services & Petroleum Co. v. State, 518 S2d 126 (Ala. App. 1986); Walmart Stores v. American Drugs, 319 Ark. 214 (1995), 891 S.W.2d 30 (1995); Glenn Smith Oil Co. v. Sheets, 704 P.2d 474 (Okla. 1985) ; Vollrath Co. v. Sammi, 9 F.3d 1455 (9th Cir. 1993); G. Fruge Junk Co. v. Oakland, 637 F.Supp. 422 (N.D. Cal. 1986).

[68] For example, in Ghem, Inc. v. Mapco Petroleum, Inc., *id.*, the Tennessee Supreme Court stated that the petroleum marketing statute required that plaintiff establish both an adverse effect on competition and antitrust injury. Injury to a competitor was insufficient as a matter of law. In *Kentucky Milk Marketing*, *id.*, the Kentucky Supreme Court held that the statute, while purporting

suggests that the state courts are following—albeit more slowly—the lead of the federal courts in this area.

The effect of state petroleum "below cost sales" statutes has been the object of study. Consistent with economic theory, these laws appear to produce higher retail gasoline margins.[69] One very recent study of U.S. state statutes by Anderson and Johnson merits attention.[70] They unambiguously conclude: "SBC laws directed specifically at the retail gasoline market have resulted in higher margins."[71] These economists found that "[t]he difference between margins at locations where a gasoline-specific [sales below cost] law is present and where there are no SBC laws to be over 2 cents per gallon."[72] Professors Anderson and Johnson conclude "[d]ata on the minimum observed margin indicate that [these laws] restrict competition by limiting downward pressure on retail margins."[73]

This latest study by Anderson and Johnson is consistent with the conclusion of prior studies. For example, one study by Savvides-Gellerson of the effects of state "below-cost" selling laws in three southeastern states found significantly higher gasoline prices following the then-recent enacted legislation.[74]

> Statistical comparisons of price changes prior to and after the enforcement of the laws indicates that retail prices in the states with sales "below-cost" laws increased relative to both the U.S. average price and the average price of gasoline sold in neighboring states without sales "below-cost" laws.[75]

The increased costs (in 1987 dollars) were large.

> The below-cost selling law was estimated to have reduced consumers' income in Alabama by $37 million, in Georgia by $43 million,

---

to prohibit sales below cost, was in reality a minimum mark-up law. As such it impermissibly restrained the free enterprise system.

[69] *See* Anderson & Johnson, *Antitrust and Sales-Below-Cost Laws: The Case of Retail Gasoline*, Rev. Ind. Org. 1 (1998) [hereinafter "Anderson-Johnson"]. *See also*, Hogarty, *The Consumer Impacts of Mandatory Markup Laws & Related Restrictions* (API Feb. 1984).

[70] Anderson-Johnson, *id.*

[71] Anderson-Johnson, *id.* at 2

[72] Anderson-Johnson, *id.* at 8.

[73] *Id.*

[74] E. Savvides-Gellerson, The Effects of State "Below-Cost" Selling Laws on Retail Prices of Motor Gasoline (API Research Study 043 1987).

[75] *Id.* at 38.

> and in Florida by $57 million as a result of the increase in motor gasoline prices, during the first twelve months following the implementation of the law.[76]

Importantly, Savvides-Gellerson reports that the correlation was statistically significant: "the statistical test supports the conclusion that the "below-cost" selling laws are associated with a statistically significant increase in retail gasoline prices."[77] Accordingly, the study concludes:

> the higher retail prices associated with enactment of below-cost sales laws may be attributed to reduced competition. Hence, the policy implication...is that below-cost legislation is both anticompetitive and anti-consumer.[78]

Previous studies appear to confirm these results.[79]

Interestingly, higher margins may not mean higher profits for the dealers that the legislation was sought to protect. Anderson and Johnson conclude: higher "margins...in states with gasoline-specific SBC laws does not...imply that economic profits of gasoline retailers in those states are higher."[80] Entry conditions and the like may insure that retailers garner no additional profits.[81] If true, such laws have a deleterious effect on consumers while failing to provide protection to those for whose benefit the legislation was enacted.

---

[76] *Id. at 39.* The average price of gasoline in Alabama rose by 2.08 cents per gallon relative to the regional average, in Georgia by 2.13 cents per gallon and in Florida by 1.39 cents per gallon. *Id.* at *iii-iv*. Savvides-Gellerson notes: "The data clearly indicate an increase in the price of gasoline in states with 'below-cost' selling laws, not experienced in states in the region without such legislation." *Id.*

[77] *Id.*

[78] *Id.*

[79] *See, e.g.*, Fenili & Lane, *Thou Shalt Not Cut Prices! Sales-Below-Cost Laws for Gas Stations*, 9 Regulation 31-35 (1985). Several studies, although now somewhat dated, have focused on alleged subsidization by majors of their distribution channels. *See, e.g.*, U.S. Department of Energy, Final Report: The State of Competition in Gasoline Marketing (1981); U.S. Department of Energy, Deregulated Gasoline Marketing: Consequences for Competition, Competitors, and Consumers (1984). Studies commissioned by state government reached consistent conclusions. *See, e.g.*, Final Report to the Washington State Legislature on the Attorney General's Investigation of Retail Gasoline Marketing (August 12, 1987); Final Report to the Arizona Joint Legislative Study Committee on Petroleum Pricing and Marketing Practices and Producer Retail Divorcement (Dec. 1988). All of these studies failed to find evidence sufficient to support special legislation.

[80] Anderson-Johnson, *supra* note 69, at 11.

[81] *Id.*

More recently, Professor Johnson examined whether gasoline-specific SBC laws have significantly altered the number and structure of gasoline outlets in states with such legislation.[82] This study focuses specifically on whether these laws protect independent dealers. Consistent with the earlier work, Johnson concludes that they do not. The decline in the number of independent dealers appears to be the same without regard to whether the state has a SBC law.[83] Johnson proffers two explanations. First, entry into the retail gasoline business is relatively unencumbered and high profit margins can be expected to attract entry. The rise of the gasoline retailer/convenience store also suggests that controlling the margin on one of many goods sold by the retailer does not prevent vigorous competition on other margins.

These conclusions are consistent with that of an earlier study by M. J. Houston.[84] That study assessed the efficacy of minimum markup legislation in preserving small business. If the laws were effective, states with such legislation should have more robust smaller enterprises. The study failed to find that states with the legislation had more robust smaller businesses. Houston concluded that the laws were "insignificant in their influence on small retail success." From a public policy perspective, the result is a loss for the consumer and no gain for the independent dealer.

Consumers may appreciate this conclusion. Montana enacted its motor-fuel SBC law in 1991.[85] That statute provides that a retailer may not sell gasoline at less than its delivered cost plus the cost of doing business. The statute generated consumer hostility especially when motorists compared their prices with those in neighboring Wyoming. When the legislature failed to take action, citizens mobilized and secured sufficient signatures to place the issue on the November 1998 general election ballot. The referendum measure passed and the Montana statute was repealed.

---

[82] Johnson, *The Impact of Sales-Below-Cost Laws on the U.S. Retail Gasoline Market* (1999).
[83] *Id.* at *i.* Interestingly, the "results also reveal that prohibitions on refinery operated outlets (divorcement) and bans on self-service have not stemmed the decline in retail outlets ...." *Id.*
[84] Houston, *Minimum Markup Laws: An Empirical Assessment*, 4 J.of Retailing 57 (Winter 1984).
[85] Johnson, *supra* note 82, at 4. The rationale for the legislation is expressed in the statute itself: The legislature recognizes that independent and small dealers and distributors of motor-fuel are vital to a healthy, competitive marketplace and are unable to survive financially in competition with subsidized, below cost pricing at the retail level by dealers and distributors who have other sources of income." *Id.* The discussion of the Montana experience is taken from Johnson, *supra* note 82.

The finding that state below cost legislation increases gasoline prices is generally consistent with other studies of the U.S. gasoline market finding competitive conditions that do not warrant interference. Illustrative is the very recent conclusion of Professor Philip E. Sorensen:

> There is no reason for any state legislature in the U.S. to interfere with the existing market in gasoline distribution. The experience of the U.S. in the years since 1981 shows that the gasoline industry is competitive at both the wholesale and the retail levels. Real gasoline prices are at their lowest levels since the 1920's. Products and services continue to improve in quality and timesaving convenience. At the same time, rates of profits earned by refiners are low—the antithesis of what would be expected under conditions of price coordination or market power.[86]

Following the sharp increase in the price of retail gasoline during the early months of 1996, President Clinton ordered the Department of Energy to investigate. Consistent with prior studies of the industry,[87] the resulting study found that market forces (rather than anticompetitive behavior) determined pricing conditions.[88]

FTC Participation--The United States Federal Trade Commission ("FTC") is a federal law enforcement agency responsible for enforcement of the antitrust and consumer protection laws.[89] It is quite similar to the Canadian Competition Bureau.[90] During my tenure as Commissioner (1983-90) and as Acting Chairman (1985-86), the Commission was often asked by legislators to comment on the competitive effects of such proposed "below-cost" legislation. We generally responded and routinely opposed efforts to enact such legislation. We did so because we believed that the legislation was unnecessary and--more importantly--because we concluded that the bills, if enacted, would increase the

---

[86] Sorensen, *Gasoline Prices in the U.S.--Why Do They Differ Among States & Within Regions* (unpublished manuscript, Jan. 1998).

[87] *See, e.g.*,studies cited *supra* note 79.

[88] U.S. Dept. of Energy, An Analysis of Gasoline Markets (June 1996).

[89] The Commission is composed of five members who are appointed by the President with the advice and consent of the Senate. The FTC generally shares concurrent antitrust jurisdiction with the Antitrust Division of the U.S. Department of Justice.

[90] The FTC also has adjudicative powers and would more closely resemble a combined Canadian Competition Bureau and Competition Tribunal.

retail price of gasoline to U.S. consumers.[91] The Anderson-Johnson study confirms the Commission's wisdom in opposing these measures.

In our review of proposed legislation we were concerned about proposals that went beyond the proscription of predatory ("below cost") pricing. Some proposals included both a measure of profit for traders and the allocation of costs to integrated companies.[92] Sometimes these terms were not defined with precision. We believed that these proposals might proscribe not only predatory, but also vigorously competitive pricing.

We were concerned that integrated companies might err "on the safe side" by pricing their own sales to the retail market higher than would otherwise be permitted. (This would be particularly true where legislation contains imprecise terms or criminal sanctions.)[93] We were also concerned that litigation would be quite protracted as litigants and the courts attempt to give meaning to these otherwise imprecise terms.

---

[91] *See, e.g.,* Letter of FTC Director for Litigation Ronald B. Rowe to Hon. David Knowles (with reference to Calf. Assembly Bill No. 2371), May 5, 1992; Letter from FTC Dallas Regional Office Director Thomas B. Carter to Hon. W.D. Moore Jr. (with reference to Arkansas Petroleum Trade Practices Act), March 22, 1991; Letter of FTC Dallas Regional Office Director Thomas B. Carter to Hon. William R. Ratliff (with reference to Texas Senate Bill 974), May 15, 1989; Letter of FTC Bureau of Competition Director Jeffrey I. Zuckerman to Hon. Gene Thayer (with reference to Montana House Bill 464); Letter of FTC Dallas Regional Office Director Thomas B. Carter to Hon. Francis C. Heitmeier (with reference to Louisiana House Bill 444), June 2, 1989. When it was not possible because of timing for the Commission to take a position, my own office did so. *See* Letter from Commissioner Terry Calvani to Governor Lamar Alexander, May 3 1984.

[92] One commentator has characterized the U.S. experience as follows: "In effect, the consumers must pay a state-imposed tax by which their wealth is transferred to inefficient businesses in the form of a subsidy that keeps prices artificially high." Jordan, *supra* note 54, at 307.

[93] Our experience in the United States is that vigorously enforced criminal sanctions are an excellent way of insuring antitrust compliance. The prospect of prison focuses the mind. As former Director of Investigation and Research and now Mr. Justice Howard Weston observed: "Placing a criminal ban on a range of price competition...carries with it the risk that business persons may, because of uncertainty..., refrain to some extent from engaging in price competition which would be health and beneficial." *See Predatory Pricing*, *supra* note 1, Preface.

It is true that the United States has a criminal predatory pricing law on its books. The Borah Van Nuys Amendment to the Robinson Patman Act proscribes certain types of predatory pricing behavior. 15 U.S.C. §13a. The U.S. Justice Department has not brought a case under the statute during my professional lifetime. (Interestingly, the U.S. Supreme Court has held that the law is not an "antitrust law" within the meaning of the Clayton Act, 15 U.S.C. §§ 15, 26; accordingly it cannot be the basis for private rights of action seeking either damages or injunctive relief. Nashville Milk Co. v. Carnation Co., 355 U.S. 373, 343 (1958)). There are few areas where there has been such a consensus as to the appropriate level of enforcement (or, more accurately, non-enforcement) as this. The antitrust administrations of Presidents Johnson, Nixon, Ford, Carter, Reagan, Bush and Clinton have been of one mind here.

It should be noted that these proposals were part of a larger set of proposed legislation that focused on the retail sale of gasoline. Other related proposals included laws that would forbid self-service gasoline stations,[94] that mandated minimum retail gasoline price "markups", [95] and that required integrated petroleum companies to divest themselves of their retail operations.[96] While different, all are variations on the same theme. Integrated companies price predatorily, and independents need protection from this competition.

CONCLUSION

The U.S. experience with predatory pricing has matured over time. Federal practice is today consistent with a consumer protection rationale for antitrust. Focus is on the maintenance of the competitive process rather than the protection of competitors. State practice is more varied. Some jurisdictions have general proscriptions against predatory pricing, others have special "below cost"

---

[94] *See* Letter of FTC Bureau of Economics Director David T. Sheffman to Hon. Elizabeth Randall, (with reference to New Jersey State Assembly bills S. 15, S. 2321, S. 813 and A. 1385), April 21, 1988. The Federal Trade Commission staff opposed this legislation and concluded: "the primary beneficiaries of the regulation apparently are incumbent gasoline retailers who are able to keep a proven efficient form of gasoline retailing out of the market. By contrast, New Jersey consumers and visitors are clear losers." Sheffman letter at 6.

[95] *See* Hogarty, *The Consumer Impacts of Mandatory Markup Laws & Related Restrictions* (API, Feb. 1984). Not surprisingly Hogarty found that the effect of such legislation was to "raise prices to the consumer." Hogarty letter at 3.

[96] *See* Hogarty & Dougher, *The Impact of Divorcement on Consumers in Maryland: A Critique of "Gasoline Prices in Maryland Following Divorcement* "(API, June 1987). *But see*, Putnam, Hayes & Barlett, Inc., *Gasoline Prices in Maryland Following Divorcement* (March 13, 1987). *Cf.* Barron & Umbeck, *A Dubious Bill of Divorcement*, Regulation (Jan.-Feb. 1983) at 29.

The F.T.C. vigorously opposed such legislation on both federal and state levels. *See* note 50, *supra*, for a description of the former Congressional support for the legislation was never very substantial. More formidable battles were fought on the state levels. The F.T.C. provided numerous comments and testimony in opposition to the proposed legislation. *See* Letter of F.T.C. Bureau of Competition Director Jeffrey I. Zuckerman to Gov. Joe Frank Harris (with reference to Georgia Senate Bill 177), March 18, 1987. The F.T.C. noted that absence of evidence of predatory behavior or subsidization by integrated companies. It also stated that existing federal law was sufficient to address predatory behavior and that the bill would lead to higher gasoline prices. *See also* Testimony of F.T.C. Director of Litigation Ronald B. Rowe before the Virginia Senate and House of Delegates Joint Subcommittee Studying Divorcement, Oct. 23, 1990; Letter of F.T.C. Acting Chairman, Hon. Terry Calvani, to Hon. Peter K. Apo (with reference to Hawaii House Bill 1376), Dec. 23, 1985; Letter of F.T.C. Bureau of Competition Director Jeffrey I. Zuckerman to Hon. Randolph J. Townsend (with reference to Nevada Assembly Bill 420), April 22, 1987; Letter of F.T.C. Director for Litigation Ronald B. Rowe to Hon. Daniel E. Bosley (with reference to Massachusetts House Bills 2225 and 2226), April 9, 1990.

laws that focus on particular channels of distribution, and still others have combinations of both. State enforcement of these laws is also varied. Moreover, judicial construction of the laws is not uniform. Some state courts have required some demonstration of injury to competition; others have not. It has taken the U.S. federal courts many years and much litigation to achieve the present level of sophistication. It will probably take some additional time and case law before state law reaches the same point.

The economic literature concludes that state retail gasoline below cost sales legislation has increased costs to consumers. Interestingly, such legislation appears not to have provided independent dealers either higher profits or greater stability. Thus the laws appear to come at a cost to consumers without any attendant benefit to the channel of distribution the legislation sought to protect.

March 1, 1999

Terry Calvani
PILLSBURY MADISON & SUTRO LLP
East Tower, Ninth Floor
1100 New York Avenue, NW
Washington, DC 20005-3000
Tel + 1 202 861 3000
Fax + 1 202 822 0944

Terry Calvani is a partner in the antitrust practice group of Pillsbury Madison & Sutro LLP. Prior to re-joining the firm, he was Commissioner of the US Federal Trade Commission (1983-1990) and was acting Chairman of the Commission during 1985 and 1986.

Following his graduation from the Cornell Law School, where he was Articles Editor of the Law Review, he practiced with the firm in San Francisco. From 1974-1983, he was Professor of Law at Vanderbilt School of Law teaching courses on antitrust law. Mr. Calvani continues to teach antitrust—most recently at the Harvard Law School (Winter/Spring 1998 and Fall/Winter 1999).

He is the author of a book and numerous articles and has lectured at many seminars on antitrust issues. He has served as chairman of the ABA Antitrust Section's Robinson-Patman Committee, Noerr Doctrine & State Action Committee, Special Committee on Antitrust Penalties and Damages, and on its governing council. He is a member of the American Law Institute, serves on the advisory board of the *Antitrust Bulletin,* and has been a member of the Administrative Conference of the United States.

Since returning to practice, Mr. Calvani has worked on acquisitions/joint ventures in a very large number of industries and their review by federal and state agencies. He has participated in civil and criminal non-merger investigations in many industries by both federal and state authorities. He has also provided antitrust counseling to a large number of companies and several trade associations.

He maintains his office in Washington and San Francisco and lives in Nashville, Tennessee.

Other office
235 Montgomery Street, Room 1288
San Francisco CA 94104
Tel +1 415 983 1598
Fax +1 415 983 1200

LES PRIX D'ÉVICTION
ET
LES LOIS DES ÉTATS SUR LA VENTE
SOUS LE PRIX COÛTANT AUX ÉTATS-UNIS

par

Terry Calvani*

---

* Associé, Pillsbury Madison & Sutro (Washington (D.C.) et San Francisco (CA); auparavant, commissaire, Federal Trade Commission des États-Unis.

LES PRIX D'ÉVICTION
ET
LES LOIS DES ÉTATS SUR LA VENTE
SOUS LE PRIX COÛTANT AUX ÉTATS-UNIS

par

Terry Calvani*

---

* Associé, Pillsbury Madison & Sutro (Washington (D.C.) et San Francisco (CA); auparavant, commissaire, Federal Trade Commission des États-Unis.

LES PRIX D'ÉVICTION ET LES LOIS DES ÉTATS SUR LA VENTE SOUS LE PRIX COÛTANT AUX ÉTATS-UNIS

par

Terry Calvani

Le présent document examine comment les pratiques de prix d'éviction sont traitées aux États-Unis et analyse les lois des États relatives à la vente sous le prix coûtant. La Federal Trade Commission des États-Unis a participé activement à l'élaboration de la politique relative aux prix d'éviction pendant mon mandat de commissaire. J'ai puisé dans l'expérience que j'y ai acquise lorsqu'elle s'avérait pertinente.

RÉSUMÉ

On parle généralement de prix d'éviction lorsqu'une entreprise dominante vend sous le prix coûtant pendant une période relativement longue, dans le but d'éliminer un concurrent, puis hausse les prix à un niveau supraconcurrentiel pour récupérer ses pertes et rendre l'opération profitable[1].

Au cours des ans, les prix d'éviction ont suscité, aux États-Unis, une abondance de dispositions législatives et de décisions judiciaires. Les premières décisions judiciaires fédérales se caractérisaient par leur interventionnisme et leur fondement économique rudimentaire. Le droit relatif aux prix d'éviction a donc eu pour effet de supprimer la concurrence, au détriment des consommateurs qui ont dû acquitter des prix supraconcurrentiels. Toutefois, le droit fédéral en cette matière est devenu plus rationnel et plus favorable aux consommateurs. Aujourd'hui, Cour suprême en tête, tout le monde s'entend pour dire que les pratiques de prix d'éviction sont très rares et que les tribunaux devraient s'abstenir d'intervenir à moins que ne soient démontrées l'existence de ventes en deçà de

---

* Associé, Pillsbury Madison & Sutro (Washington (D.C.) et San Francisco (CA); auparavant, commissaire, Federal Trade Commission des États-Unis.

[1] De façon générale, voir, Directeur des enquêtes et recherches, *Prix d'éviction - Lignes directrices pour l'application de la Loi*, 1992, [ci-après «Lignes directrices»].

coûts économiquement fondés et la possibilité de la récupération des pertes[2]. La position adoptée par les instances fédérales américaines s'apparente à celle du Bureau de la concurrence telle qu'elle ressort de son document *Prix d'éviction – Lignes directrices pour l'application de la Loi*[3].

Beaucoup d'États ont légiféré au sujet des pratiques de prix d'éviction, mais pas tous, loin de là. Certains États ont élaboré des dispositions d'application générale, d'autres ont légiféré sur des marchés déterminés, par exemple, la vente d'essence au détail. Certains encore ont édicté des dispositions appartenant à ces deux types. De plus, chaque État interprète et applique différemment ses dispositions. Il en est qui, à l'instar des autorités fédérales, exigent la preuve de ventes en deçà de coûts économiquement fondés et de la récupération probable des pertes. D'autres ont adopté une conception plus «populiste» rappelant l'ancien point de vue fédéral, axé sur le préjudice aux concurrents plutôt qu'à la concurrence. D'autres encore se sont peu occupés de cette question.

Les études portant sur les marchés de l'essence démontrent que les consommateurs paient l'essence plus cher dans les marchés régis par des lois relatives à la vente d'essence sous le prix coûtant. Point encore plus intéressant, elles révèlent que ces lois ne procurent aucun avantage particulier aux détaillants indépendants. Par conséquent, les consommateurs paient plus cher, sans que les détaillants indépendants en tirent un plus grand profit. Il faut peut-être voir dans cette situation la raison de l'échec des efforts visant à faire adopter des dispositions similaires au niveau fédéral.

Le droit antitrust américain est dynamique. Le droit fédéral en cette matière a mûri et, aujourd'hui, il cherche à protéger la concurrence, non les concurrents. Tous les États n'ont pas encore entièrement intégré ces enseignements à leur législation, mais des indices donnent à penser que les législatures et les tribunaux des États affinent leur analyse.

---

[2] Ainsi que nous le préciserons plus loin, trois événements important ont marqué cette évolution. Premièrement, les tribunaux ont commencé à reconnaître que les erreurs d'application de la loi nuisaient à une vigoureuse concurrence sur les prix et entraînaient des hausses de prix. Comme les consommateurs payaient plus cher en raison de ces erreurs, les tribunaux se sont montrés plus prudents. Deuxièmement, la jurisprudence a adopté une définition de l'expression «sous le prix coûtant» plus éclairée et mieux fondée économiquement. Troisièmement, les tribunaux ont conclu qu'il n'y avait de risque réel pour la concurrence que si le présumé prédateur était en mesure de récupérer subséquemment les coûts de l'opération d'éviction. En conséquence, il est devenu nécessaire pour les demandeurs de prouver la possibilité de récupération.

[3] Voir, Lignes directrices, *op. cit.* note 1.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES SUR LES LOIS RELATIVES AUX PRIX D'ÉVICTION

1. L'expérience fédérale américaine

Le droit fédéral américain[4] (comme le droit fédéral canadien[5]) interdit les prix d'éviction[6]. En général, il y a «prix d'éviction» lorsqu'une entreprise dominante sur un marché pratique, pendant une période temps suffisamment longue, des prix bas pour en éliminer un concurrent ou empêcher un nouveau venu d'y entrer, puis hausse ses prix pour récupérer ses pertes[7]. Bien que ces pratiques aient déjà été considérées comme fréquentes, peu d'allégations de prix d'éviction ont donné lieu à des poursuites devant des tribunaux fédéraux aux États-Unis, ces dernières années[8]. Sous l'égide de la Cour suprême, s'est forgé un consensus voulant qu'un sain scepticisme doive présider à l'examen des plaintes relatives à des prix d'éviction[9]. Une analyse minutieuse de la question révèle pourquoi il en est ainsi.

Les bas prix forment l'essence d'une politique de concurrence et sont une bénédiction pour les consommateurs[10]. Ce n'est que lorsque de graves problèmes en découlent qu'ils deviennent préoccupants. C'est-à-dire lorsqu'ils éliminent des concurrents d'un marché et qu'ils permettent ensuite à l'entreprise qui les applique de hausser les prix à un niveau anticoncurrentiel et de les y maintenir au détriment

---

[4] Deux lois antitrust différentes renferment des dispositions sur les prix d'éviction. Une pratique de prix d'éviction peut souvent être alléguée comme élément de l'infraction de tentative de monopolisation prévue à l'article 2 de la *Sherman Act*, 15 U.S.C. § 2. C'est aussi l'allégation qui est formulée dans les affaires de première ligne (niveau vendeur) fondées sur la *Robinson Patman Act*, 15 U.S.C. § 13 et suivants. Bien que le premier cas n'appelle pas de commentaire, le second nécessite une explication. Cette dernière loi interdit certaines formes de discrimination par les prix. L'une des pratiques ainsi visées est la vente «sous le prix coûtant» dans une région, et au-dessus dans une autre. La *Robinson Patman Act* a été adoptée dans le but d'endiguer la croissance des chaînes de magasins aux États-Unis. Pour en savoir plus sur l'histoire de cette loi, consulter Calvani et Breidenbach, «An Introduction to the Robinson Patman Act and Its Enforcement by the Government», 59 Antitrust L.J. 765, 1991.

[5] *Loi sur la concurrence*, art. 50.

[6] De façon générale, voir Calvani et Lynch, «Predatory Pricing Under the Robinson-Patman and Sherman Acts: An Introduction», 51 Antitrust L.J. 375, 1982 [ci-après «Calvani/Lynch»]; Calvani et Lynch, «Predatory Pricing After Matsushita», 7 Antitrust, 22 juin 1986; ABA, Antitrust Section, Monograph No. 22, *Predatory Pricing*, 1996.

[7] Lignes directrices, *op. cit.* note 1, à la p. 1.

[8] Cette affirmation vaut aussi pour le Canada. Dans les Lignes directrices, le Bureau de la concurrence signale que les allégations de pratiques de prix d'éviction n'ont pas donné lieu à beaucoup de poursuites (*ibid.*).

[9] Voir la note 36 et le texte qui l'accompagne.

[10] [TRADUCTION] «Les bas prix profitent aux consommateurs quelle que soit la manière de les établir [...]», *Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum Co.*, 495 U.S. 328, 340 (1990).

des consommateurs[11]. Il importe donc de distinguer entre des bas prix concurrentiels et de réels prix d'éviction – une tâche difficile. Comme l'a récemment écrit un juriste renommé :

> [TRADUCTION] Les consommateurs, au bénéfice de qui sont édictées les lois antitrust, se réjouissent des bas prix mais ne veulent pas de prix monopolistiques. Les allégations voulant que des entreprises se livrent à des pratiques de prix d'éviction – la séquence : bas prix maintenant, prix élevés plus tard – soulèvent donc des problèmes difficiles pour les tribunaux. Si un concurrent intente une action pendant la période des «bas prix», comment un tribunal peut-il déterminer si les prix sont bas parce que le défendeur est une entreprise efficace réduisant ses coûts (ou réduisant simplement le prix au prix coûtant) ou parce qu'il cherche à éliminer un concurrent? Un prix considéré «trop bas» par un concurrent inefficace peut être le prix adéquat du point de vue des consommateurs, indiquant seulement que les coûts du défendeur sont inférieurs à ceux du demandeur – ce qui devrait lui valoir une récompense dans le marché plutôt qu'une sanction de la justice. On voit donc que l'allégation d'un demandeur voulant qu'il perde des clients parce que son concurrent coupe les prix peut tout autant correspondre à une concurrence dynamique qu'à des prix d'éviction. Comment les différencier[12]?

Les deux situations présentent de grandes similitudes. En raison de la difficulté qu'il y a à les séparer, il s'impose donc que les artisans de la politique de concurrence fassent preuve de circonspection, car ils risquent de causer préjudice aux consommateurs dont ils cherchent à préserver les intérêts.

L'histoire juridique des pratiques de prix d'éviction aux États-Unis éclaire quelque peu ce problème. Par souci de commodité, on peut la diviser en trois périodes. Pendant la première période – de l'adoption de la *Sherman Act*[13] à la fin des années 1960 – on a pris très au sérieux les accusations de pratiques de prix

---

[11] Comme l'ont écrit deux éminents spécialistes du domaine :

> Les prix d'éviction [...] n'existent que si les entreprises prédatrices consentent un sacrifice temporaire de revenus nets dans l'espoir de réaliser des gains futures [...] En conséquence, à moins qu'un prédateur potentiel ne soit financièrement mieux en mesure que ses rivaux d'assurer sa position dans le marché et n'ait une possibilité substantielle de réaliser, après avoir éliminé ses rivaux, des profits supérieurs aux pertes que l'opération d'éviction lui fait subir, il aurait économiquement peu à gagner.

Donald F. Turner et Philip Areeda, «Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act», 88 Harv. L. Rev. 697, 1975 [ci-après «Areeda/Turner»].

[12] *A. A. Poultry Farms, Inc. v. Rose Acre Farms, Inc.*, 881 F.2d 1396, 1400 (7th Cir., 1989; juge Easterbrook).

[13] 15 U.S.C. § 1-7.

d'éviction[14]. De fait, les présumées tactiques d'éviction employées par John D. Rockefeller et le «Standard Oil Trust» font partie du folklore américain[15]. L'affaire *Standard Oil*[16] est devenue un modèle. La croyance selon laquelle les «requins de la finance» pouvaient réussir à éliminer des concurrents en vendant temporairement sous le prix coûtant, puis leur objectif atteint, hausser les prix au-dessus du niveau concurrentiel et employer les profits monopolistiques ainsi réalisés pour financer d'autres pratiques de prix d'éviction ailleurs jusqu'à ce qu'ils aient accaparé tout le marché, était largement répandue[17].

Cette perception a connu son apogée avec l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co.*[18] La demanderesse, qui était le principal vendeur de tartes congelées dans son marché, a poursuivi trois boulangeries nationales en soutenant qu'elles avaient accru leur part de marché en ayant recours à des prix d'éviction. Jugeant que les trois boulangeries avaient cherché à pousser leur part de marché au-delà de leur pourcentage cumulatif de 28 %, la Cour a conclu qu'elles avaient vendu leurs tartes, dans le marché de la demanderesse, à un prix inférieur à celui qu'elles demandaient ailleurs. De fait, la part de marché de la demanderesse avait régressé à 45 %, pendant la «guerre de prix» de quarante-quatre mois. La Cour suprême a rétabli le verdict du jury en faveur de la demanderesse, malgré l'existence d'éléments de preuve indiquant que le volume de ventes de celle-ci avait augmenté pendant la période en cause et qu'elle avait continué à réaliser des profits. Sans aborder expressément la définition de vente «sous le prix coûtant», la Cour suprême a laissé entendre que le coût total moyen constituerait un critère approprié. En bref, les affaires de prix d'éviction de cette époque se caractérisaient par la taille relativement importante des entreprises poursuivies pour prix d'éviction, la discrimination par les prix sur une base géographique, la vente sous le coût total moyen et l'intention d'évincer[19].

L'arrêt *Utah Pie* a appliqué à l'envers les principes antitrust. En effet, la demanderesse détenait, avant «la guerre de prix», une part de marché quasi-monopolistique de 66,5 %[20]. Elle a continué à réaliser des profits pendant la période, et elle a même accru son volume de ventes. Comme l'ont fait remarquer les juges dissidents : [TRADUCTION] «En supposant que la discrimination par

---

[14] Avant l'adoption de la *Sherman Act* en 1890, les juges de common law attachaient peu d'importance aux pratiques de prix d'éviction. Ils estimaient que la liberté du commerce viendrait à bout des efforts de quiconque tenterait de dominer un marché en ayant recours à ce type d'opérations (Calvani/Lynch, à la p. 376).

[15] Voir, p. ex. Ida Tarbell, *History of the Standard Oil Company*, 1904.

[16] *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

[17] Il faut signaler que les auteurs subséquents ont mis en doute la réalité des pratiques de prix d'éviction imputées à Rockefeller et à la Standard Oil. Voir, p. ex. McKee, «Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N.J.) Case», 1 J.L. & Econ. 137 (1958).

[18] 386 U.S. 685 (1967).

[19] Calvani/Lynch, à la p. 378; voir également Brodley et Hay, «Predatory Pricing: Competing Economic Theories and the Evolution of Legal Standards», 66 Cornell L.Rev. 738 (1981).

[20] 386 U.S., à la p. 705.

les prix établie a eu des effets sur la concurrence, ces effets ont dû être bénéfiques. [L]a Cour a commis l'erreur de considérer que la [Loi] protégeait les concurrents, au lieu de la concurrence. [...]»[21]. Cet arrêt et les décisions qui en ont découlé ont marqué l'apogée de l'attention portée, en matière antitrust, aux prix d'éviction et à la vente «sous le prix coûtant»[22].

C'est un article pionnier sur les prix d'éviction, écrit par deux éminents spécialistes de l'antitrust, qui a inauguré la deuxième période, en 1975. Le traitement juridique de cette pratique avait suscité de nombreuses critiques[23], mais l'article *Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act* des professeurs Donald F. Turner[24] et Philip Areeda[25] de la faculté de droit de la Harvard University a modifié radicalement la façon de voir cette question aux États-Unis[26]. Cet ouvrage important préconisait l'application d'une règle fondée sur le coût pour déterminer si une stratégie d'établissement de prix constituait ou non une pratique de prix d'éviction.

Areeda et Turner ont d'abord signalé que cette pratique n'était pas fréquente[27]. Ils n'en ont pas moins reconnu que les artisans de la politique antitrust avaient encore lieu de s'en préoccuper, en précisant qu'ils devaient prendre grand soin de ne pas faire obstacle à une concurrence vigoureuse.

> [TRADUCTION] La rareté des pratiques de prix d'éviction ne signifie pas nécessairement qu'il ne faille pas établir des règles les interdisant. Mais elle invite à la plus grande prudence dans la formulation de ces règles, afin d'éviter que la menace de poursuite [...] ne nuise gravement à des pratiques légitimes d'établissement de prix concurrentiels[28].

---

[21] Les juges Stewart et Harlan étaient dissidents.

[22] Les commentateurs ont beaucoup critiqué la décision. Voir, p. ex. Bowman, «Restraint of Trade by the Supreme Court: The Utah Pie Case», 77 Yale L.J. 70 (1967).

[23] Voir McKee, *op. cit.*, note 17; Elzinga, «Predatory Pricing: The Case of the Gunpowder Trust», 13 J.L. & Econ. 223 (1970); voir également Koller, «The Myth of Predatory Pricing: An Empirical Study», 4 Antitrust L. & Econ. Rev. 105, été 1971.

[24] Donald F. Turner avait une formation d'avocat et d'économiste. Il a rempli la fonction de procureur général adjoint en matière antitrust pendant la présidence de Lyndon Johnson. Il a été titulaire de la chaire Bussey à la faculté de droit de la Harvard University jusqu'à sa retraite en 1979.

[25] Phillip Areeda a été titulaire de la chaire Langdell à la faculté de droit de la Harvard University et conseiller du président Gerald Ford. Au moment de son décès, en 1997, il était considéré comme le plus grand spécialiste en matière antitrust aux États-Unis.

[26] 88 Harv. L. Rev. 697 (1975), *loc. cit.* note 11, cité comme «Areeda/Turner».

[27] Voir également R. Bork, *The Antitrust Paradox*, à la p. 433, 1993.

[28] Areeda/Turner ¶ 711. La recherche empirique montre qu'il est difficile de distinguer les pratiques de prix d'éviction des situations de concurrence dynamique. Le professeur Koller a examiné quelque quatre-vingt-quinze affaires jugées entre l'adoption de la *Sherman Act*, en 1890, et 1971. Des vingt-six affaires dont le dossier était suffisant pour les fins de l'étude, seulement sept présentaient des éléments de preuve étayant une conclusion de pratique réelle de prix

Areeda et Turner ont élaboré leur règle à partir de l'analyse du modèle statique, à court terme, de l'entreprise utilisé dans tous les ouvrages introductifs sur la théorie des prix. Faisant fond sur le théorème développé dans ces ouvrages selon lequel les prix établis en fonction du coût marginal mènent à une allocation à court terme adéquate des ressources et affirmant que les visées d'exclusion sont la seule explication des prix inférieurs au coût marginal, ces auteurs formulent les principes suivants :

a. Le prix égal ou supérieur au coût marginal à court terme «raisonnablement prévisible» n'est pas un prix d'éviction.

b. Le prix inférieur au coût marginal à court terme «raisonnablement prévisible» est un prix d'éviction à moins qu'il ne soit égal ou supérieur au coût total moyen [...]

c. Comme les données relatives au coût marginal sont difficiles à obtenir, les tribunaux devraient se servir plutôt du coût variable moyen, beaucoup plus facile à établir, en remplacement du coût marginal dans la formule ci-dessus, à moins que le coût variable moyen soit considérablement inférieur au coût marginal dans l'éventail pertinent de produits[29].

Sans se lancer dans l'exégèse des textes juridiques et économiques, on peut dire que presque toutes les cours d'appel des États-Unis ont adhéré à une forme ou une autre du critère Areeda-Turner[30]. La méthode analytique adoptée par le Bureau de la concurrence canadien va dans le même sens[31]. En pratique, toutefois, le critère Areeda-Turner, fondé sur le coût, n'est pas facile d'application[32].

Bien qu'il soit difficile de fixer avec précision le début de la troisième et dernière période, la décision de la Court of Appeals dans l'affaire *A.A. Poultry Farms v. Rose Acre Farms, Inc.*[33], en 1989, constitue un point de départ acceptable. Dans cette affaire, une guerre de prix sévissait entre producteurs d'oeufs, et l'économiste retenu par la demanderesse avait témoigné au procès que

---

d'éviction. Voir Koller, *loc. cit.* note 23, à la p. 112.

[29] Calvani/Lynch, 380-81, citant Areeda/Turner, ¶¶ 711(d), 715(d). Pour une analyse des différentes critiques, voir Calvani/Lynch 381-94. Voir également, *Economic Analysis & Antitrust Law* 231-45, 279-82, T. Calvani et J. Siegfried (dir.), 2e éd., 1988.

[30] ABA Section of Antitrust Law, *Antitrust Law Developments*, 256-62 (4e éd., 1997); Hurwitz et Kovacic, «Judicial Analysis of Predation: The Emerging Trends», 35 Vand. L.Rev. 63 (1982); monographie de l'ABA, *op. cit.* note 6, à la p. 8.

[31] Lignes directrices, *op. cit.* note 1, préface, section 2.2.2.

[32] Il appartient au jury de déterminer quels coûts sont variables (ABA Section of Antitrust Law, *Antitrust Law Developments*, *op. cit.* note 30, à la p. 255). Cela signifie que les questions ardues et épineuses de qualification des coûts et les témoignages des experts sur ce point occupent souvent les interrogatoires préalables et le procès lui-même.

[33] 881 F.2d, à la p. 1396, (7th Cir., le juge Easterbrook).

les prix de la défenderesse avaient été en deçà de son coût total moyen et inférieurs à son coût variable moyen pendant une certaine période. S'ajoutaient en outre aux données relatives au coût, des propos des dirigeants indiquant une intention d'éviction, dont les suivants figuraient parmi les plus colorés : [TRADUCTION] «Nous allons vous faire fermer boutique. Vos jours sont comptés»[34]. La Cour, reconnaissant d'abord que l'application d'une règle prix/coût est une «opération difficile»[35], a ensuite déclaré qu'il convenait en premier lieu d'examiner la possibilité que le prédateur puisse récupérer les coûts de l'éviction.

> [TRADUCTION] En pratiquant des prix d'éviction, l'entreprise investit en vue d'un monopole futur; elle sacrifie aujourd'hui des profits pour en réaliser demain. Elle doit récupérer son investissement. Si elle ne peut pas fixer plus tard un prix monopolistique, l'opération n'est pas profitable, et il est possible de conclure que le bas prix actuel n'est pas un prix d'éviction. De façon plus importante, si la récupération «ultérieure» est impossible, le consommateur est alors le bénéficiaire incontestable de la situation, même si le prix actuel est inférieur au coût de production. Le prix inférieur au prix coûtant aujourd'hui, suivi d'un prix concurrentiel demain est un cadeau au consommateur. Parce que les lois antitrust visent à protéger les consommateurs, non les concurrents [...], un tel cadeau ne saurait donner lieu à des poursuites[36].

Parce qu'il est plus facile de déterminer s'il existe une possibilité de récupération que de se livrer à la définition et à la comparaison des prix et des coûts[37], la Cour a jugé que les tribunaux de première instance devaient procéder d'abord à l'analyse relative à la récupération. L'improbabilité de la récupération rendrait alors inutile le laborieux examen du rapport prix/coût.

> [TRADUCTION] La structure de marché offre une possibilité de couper court à une telle enquête, d'éviter les questions impondérables qui ont fait des poursuites antitrust les affaires comptant parmi les plus longues et les plus coûteuses. Ce n'est que dans les cas où la structure de marché rend la récupération possible que le tribunal doit examiner la relation entre les prix et les coûts[38].

La récupération est un facteur nécessaire, bien qu'insuffisant, de l'action d'un demandeur. En l'espèce, la Cour a ajouté que l'intention n'intervenait pas dans la

---

[34] 881 F.2d, à la p. 1398.
[35] 881 F.2d, à la p. 1400.
[36] 881 F.2d, à la p. 1401 (citations omises).
[37] [TRADUCTION] «Il est beaucoup plus facile de conclure, à partir de la structure du marché, que la récupération est improbable que de déterminer les coûts supportés par un producteur donné à court, moyen ou long terme, selon le cas», *ibid.*
[38] *Ibid.*

question de savoir si des agissements constituaient une pratique de prix d'éviction[39].

La Cour suprême des États-Unis a fait sien ce raisonnement dans l'arrêt *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*[40] Dans cette affaire, Brown & Williamson était accusée, par un rival de plus petite taille, de pratiquer des prix d'éviction dans le but d'influer sur les prix des cigarettes génériques[41]. Cet arrêt est important pour plusieurs raisons. Premièrement, la Cour a noté que la pratique des prix d'éviction n'était généralement pas plausible[42]. Le juge Kennedy, exprimant l'opinion de la Cour, a fait état d'une décision antérieure, *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*[43], concluant qu'«il est rare que des

---

[39] Les observations de la Cour sur la question de l'intention sont très intéressantes.

> [TRADUCTION] L'intention ne nous a pas renseignés sur la possibilité de récupération et, si cette possibilité n'existe pas, même l'intention la plus malveillante ne saurait porter atteinte au système de concurrence.
>
> Maintes autres raisons convaincantes appuient la conclusion selon laquelle l'intention n'est d'aucune utilité dans ce type de litige. Les entreprises «ont l'intention» de faire le plus d'affaires possible, d'écraser leurs rivales si elles le peuvent [...] La rivalité est âpre, et c'est lorsque les entreprises sabrent dans les coûts et réduisent les prix jusqu'au prix coûtant pour étendre leur marché que les consommateurs en profitent le plus [...] Les entrepreneurs les plus acharnés à couper leurs prix causent le plus de tort à leurs rivaux [...] Si les tribunaux considéraient la course furieuse et impitoyable aux ventes comme la preuve d'une «intention» prohibée, ils risqueraient de pénaliser les forces vives de la concurrence (citations omises).
>
> Presque tous les éléments de preuve relatifs à l'intention tendent à établir à la fois un désir de réussite alimenté par l'appât du gain et la jubilation devant les malheurs des rivaux [...] Les entreprises n'ont pas à aimer leurs concurrents; elles n'ont pas à les encourager. Le désir d'éliminer ses rivaux est tout à fait compatible avec la concurrence et en constitue même souvent le moteur.

881 F.2d, aux p. 1401-1402.

[40] 509 U.S. 209 (1993).

[41] Plus précisément, le marché était entre les mains de six entreprises principales qui ne se livraient pas de concurrence vigoureuse quant aux prix, et les profits étaient élevés. La demanderesse a été le premier grand fabriquant de cigarettes génériques à commercialiser un produit «générique» beaucoup moins cher. Ce marché a pris de l'ampleur au fur et à mesure que les fumeurs se sont tournés vers les produits génériques. La défenderesse, qui venait au troisième rang parmi les entreprises de fabrication et détenait 12 % du marché, a introduit un produit générique concurrent dont le prix de gros était moins élevé que celui de la demanderesse. Une guerre de prix s'est ensuivie pendant laquelle, selon la demanderesse, la défenderesse a vendu ses produits à perte. La thèse de la demanderesse était que la défenderesse voulait la forcer à accroître ses prix afin de réduire l'écart de prix entre les cigarettes génériques et les cigarettes de marque pour maintenir la profitabilité de ces derniers produits. Le jury a rendu un verdict favorable à la demanderesse, lequel a été infirmé par la Court of Appeals.

[42] [TRADUCTION] «Dans l'affaire *Matsushita*, nous avons signalé que de façon générale, les pratiques de prix d'éviction n'étaient guère plausibles» (509 U.S. 209, 227, citant *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 588-590 (1986).

[43] 475 U.S. 574, à la p. 589.

affaires de prix d'éviction se rendent à procès». Dans la décision *Matsushita*, la Cour avait jugé :

> [TRADUCTION] Le succès de telles opérations est intrinsèquement incertain : la perte à court terme est indiscutable, mais il n'y aura gain à long terme que si la concurrence est neutralisée. Qui plus est, il ne s'agit pas seulement d'établir un monopole, puisque les prix monopolistiques peuvent susciter l'entrée rapide de nouveaux concurrents désireux de participer aux profits excédentaires. Le succès d'une opération d'éviction dépend en fait de la capacité de *maintenir* le monopole assez longtemps pour récupérer les pertes encourues et pour récolter des gains supplémentaires. À moins d'être relativement assuré de parvenir à établir le monopole souhaité *et* de pouvoir le maintenir sur une durée substantielle, «le prédateur doit consentir un investissement considérable sans garantie qu'il en récoltera les fruits». [...] C'est pourquoi les auteurs conviennent qu'«il est rare que des affaires de prix d'éviction se rendent à procès» et encore plus rare que les poursuivants aient gain de cause[44].

Deuxièmement, la Cour a statué que seules les ventes véritablement réalisées sous le prix coûtant devaient être considérées comme des ventes à prix d'éviction. Sur ce point, la Cour a fait le commentaire suivant :

> [TRADUCTION] Ou bien l'effet d'exclusion résultant de prix supérieurs à un niveau approprié de coût peut indiquer une structure de coût inférieure du présumé prédateur – et constitue ainsi de la concurrence quant à l'efficacité – ou bien il dépasse, en pratique, la capacité des tribunaux de surveiller ces comportements sans faire naître le risque intolérable de freiner des réductions de prix légitimes. «Conclure que le droit antitrust protège les concurrents des pertes de profits attribuables à la concurrence par les prix aurait pour effet de rendre illégale toute décision d'une entreprise de couper les prix dans le but d'accroître sa part de marché. Le droit antitrust n'exige pas de résultat aussi absurde»[45].

La Cour n'a pas poursuivi son analyse du critère prix/coût qu'il convenait d'appliquer car les deux parties avaient convenu d'avoir recours à la norme du coût variable moyen pour remplacer celle du coût marginal.

---

[44] *Ibid.*, citant Easterbrook, «Predatory Strategies and Counterstrategies», 48 U. Chi. L. Rev. 263, 268 (1981).

[45] 509 U.S. 209, 223, citant *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 479 U.S. 104, 116 (1986). Le juge White, qui était l'auteur de la décision rendue dans l'affaire *Utah Pie*, siégeait à sa dernière session. Quoique la Cour n'ait pas expressément infirmé le jugement qu'elle avait prononcé dans cette affaire, elle n'en a pas moins indiqué que, dans cette décision, elle [TRADUCTION] «abordait pour la première fois la question» et qu'elle avait eu l'occasion de se repencher sur ce point (509 U.S., à la p. 221).

Troisièmement, la Cour a jugé que le demandeur doit établir que le présumé prédateur sera vraisemblablement en mesure de récupérer plus tard les pertes que lui occasionnent les prix d'éviction qu'il pratique. Elle a estimé que le prédateur dont l'opération échoue (qui fixe des prix d'éviction mais ne réussit pas par la suite à élever les prix à un niveau supraconcurrentiel) ne constitue pas un problème antitrust[46]. Il a pu mener la vie dure aux entreprises présentes sur le marché, mais les consommateurs en sont sortis gagnants. Le juge Kennedy a écrit : «Du moment que la concurrence ne subit pas d'atteinte, les lois antitrust ne se préoccupent pas de ce que l'établissement de prix sous le prix coûtant ait pu causer des pertes cruelles à des entreprises ciblées. C'est une évidence que les lois antitrust ont pour but de «protéger la *concurrence*, non les concurrents»[47].

Bien que le droit fédéral américain permette encore l'institution de poursuites fondées sur des prix d'éviction, la jurisprudence actuelle manifeste beaucoup de scepticisme au sujet de cette théorie en général. D'une part, il y a le point de vue selon lequel ces actions se rendent rarement à procès et sont encore plus rarement accueillies, et d'autre part, on voit aussi l'opinion voulant qu'une intervention intempestive entraîne des coûts particulièrement élevés en ce que les consommateurs perdent les avantages d'une concurrence vive. Les critères coût/prix préconisés par Areeda et Turner, auxquels il n'est pas facile de satisfaire, ont été reçus en droit actuel. De plus l'exigence relative à la récupération formulée dans l'arrêt *Brooke Group* oblige le demandeur à démontrer qu'il existe une possibilité de récupération avant d'aller plus avant. Les poursuites pour prix d'éviction devant les tribunaux fédéraux américains ne constituent peut-être pas un ensemble vide, mais leur champ n'est pas très étendu. Ce sont les consommateurs qui tirent profit de cette évolution du droit.

Contrairement aux lois des États, le droit fédéral américain ne renferme aucune disposition moderne importante concernant les prix d'éviction dans des

---

[46] La Cour a fait le commentaire suivant :

> La récupération est le but final des pratiques illégales de prix d'éviction. C'est de cette façon que le prédateur tire profit de son opération. Sans récupération, les prix d'éviction font baisser les prix globaux sur le marché, et le bien-être des consommateurs s'accroît. Bien que les pratiques de prix d'éviction qui échouent puissent encourager certaines substitutions inefficaces en faveur du produit vendu à un prix inférieur au prix coûtant, elles sont en général une aubaine pour les consommateurs.

509 U.S. 209, à la p. 224 (1993).

[47] *Ibid.*, citant *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 320 (1962) (Non mis en italique dans l'original). La Cour a aussi examiné les liens entre la *Sherman Act* et la *Robinson Patman Act*. Comme il en a été fait mention, les deux régissent les prix d'éviction. La Cour en a profité pour répéter que [TRADUCTION] «la *Robinson Patman Act* devait être interprétée suivant les principes plus larges des lois antitrust» (509 U.S. à la p. 220, citant *Great Atlantic & Pacific Tea Co. v. FTC*, 440 U.S. 69, 80 n.13 (1979). Elle a ajouté : [TRADUCTION] «il est devenu évident que le tort causé aux concurrents de première ligne, envisagé par la *Robinson Patman Act*, s'apparente au préjudice causé par les prix d'éviction interdits à l'article 2 de la *Sherman Act*» (*ibid*).

marchés ou des canaux de distribution déterminés. Les efforts visant à obtenir un traitement particulier ont généralement échoué. Il importe toutefois de faire état de l'expérience de la vente d'essence au détail[48]. En 1981, le ministère américain de l'Énergie a réalisé une étude sur le marché de la vente d'essence au détail, à la demande du Congrès. L'étude n'a pas constaté d'indices suggérant l'existence de prix d'éviction et, pendant une courte période, elle a réprimé tout enthousiasme que le Congrès aurait pu éprouvé à l'idée de légiférer en la matière. Pendant toutes les années 1980, toutefois, on a assisté à des efforts en vue de l'adoption de dispositions législatives obligeant les grandes sociétés pétrolières intégrées à séparer les opérations de détail. La *Small Business Motor Fuel Marketer Preservation Act* de 1983 illustre bien ces efforts[49]. Comme son titre l'indique, ce projet était présenté à l'instigation des organisations de détaillants d'essence indépendants. Ce projet, ainsi que d'autres, n'a jamais réussi à réunir des appuis suffisants au Congrès[50].

---

[48] Voir, U.S. Department of Energy, *The State of Competition in Gasoline Marketing*, 1981.

[49] S. 40, 98e Cong. (1983).

[50] Les autorités antitrust se sont opposées à l'adoption de cette loi, la considérant contraire aux intérêts des consommateurs. Voir p. ex. le témoignage du sous-directeur du Bureau of Competition de la FTC, Ronald B. Rowe, devant le Committee on the Judiciairy du Sénat des États-Unis, sur l'article 1140 de la *Motor Fuel Sales Competition Improvements Act of 1985*, 99e Cong., 9 octobre 1985. L'opinion de la FTC était que [TRADUCTION] «il n'y a pas de preuve crédible que les prix anticoncurrentiels que le projet de loi cherche à corriger existent dans les faits. Les lois fédérales actuelles sont suffisantes pour réprimer les pratiques de prix d'éviction [...] [Le projet de loi] entraînerait la hausse des coûts de distribution de l'essence, l'élimination de la concurrence légitime qui s'exerce sur les prix et l'augmentation des prix de l'essence automobile payés par les consommateurs».

Je ne me prétends pas expert en droit de la concurrence canadien, mais l'expérience américaine et canadienne me paraissent très semblables. L'article 50 de la *Loi sur la concurrence* traite des prix d'éviction. Les Lignes directrices relatives aux prix d'éviction formulées par le directeur des enquêtes et recherches décrivent une méthode d'analyse qui s'apparente beaucoup à celle qui est actuellement utilisée par les tribunaux fédéraux américains (voir les Lignes directrices, *loc. cit.* note 1, à la p. 1). Intégrant les enseignements nouveaux de la microéconomique, ces lignes directrices renferment l'observation suivante :

> le prix d'éviction, prévu dans les lois sur la concurrence de plusieurs pays, est devenu un phénomène mieux compris internationalement ces derniers temps et son traitement, en matière de politique de concurrence, profite d'une démarche analytique plus cohésive (*ibid.*).

Comme aux États-Unis, les cas réels de prix d'éviction ont été rares. Les tribunaux canadiens, comme les juges américains, prennent soin aujourd'hui de distinguer entre le tort causé aux concurrents et le préjudice à la concurrence. Voir *R. v. Consumers Glass Co.* (1981), 33 O.R. 2d 228, à la p. 247. Comme aux États-Unis, la récupération constitue un élément important d'une affaire de prix d'éviction (Lignes directrices., *loc. cit.* note 1, aux p. 5, 7 et 10). De plus, la loi canadienne et les lois américaines établissent un régime passablement similaire en matière de prix d'éviction (*id.*, aux p. 10 à 13). Ainsi, malgré certaines différences, la démarche fédérale des deux pays sur ce point présente de fortes similitudes.

2. L'expérience des États américains

L'expérience générale – Beaucoup d'États américains ont légiféré en matière de prix d'éviction et de questions connexes[51]. Dans une fédération aussi diverse que les États-Unis, les généralisations ne peuvent être précises. Certaines lois ont été interprétées plus ou moins conformément aux précédents fédéraux contemporains mentionnés plus haut[52]. D'autres ont été interprétées suivant la tradition plus populiste maintenant rejetée par les tribunaux fédéraux[53]. Relativement à ce deuxième type d'interprétation, un auteur a fait le commentaire suivant :

> [TRADUCTION] Même si la Cour [suprême] a, avec raison, rendu plus difficile de faire valoir une allégation de prix d'éviction en droit fédéral, de nombreux États continuent à encourager le recours aux poursuites pour faire obstacle au comportement proconcurrentiel de rivaux, en facilitant la preuve de l'infraction de prix d'éviction prévue par des lois relatives à la «vente sous le prix coûtant».
> [...]
> Ces lois, poursuivant en apparence les mêmes objets, que les textes de loi fédéraux analogues – la promotion de la concurrence –, sont généralement des tentatives à peine déguisées de protéger les petites entreprises locales de la concurrence que leur livrent des entreprises plus grandes, d'envergure nationale. Ces lois, par conséquent, favorisent l'inefficacité au détriment du consommateur[54].

---

[51] De façon générale, voir W. Lifland, *State Antitrust Law*, § 2.04, 1998. Également, voir plus loin le tableau A ainsi que les notes 63 et 64 et le texte qui les accompagne. Pour un historique général des lois relatives à la «vente sous le prix coûtant» aux États-Unis, voir «State Legislation Prohibiting Sales Below Cost», 52 Harv. L.Rev. 1142 (1939).

[52] Voir p. ex. *Caller-Times Publishing Co. v. Triad Communications, Inc.*, 1992-1 CCH Trade Cas. ¶ 69, 746 (C.S. Tex., 1992); *Ideal Dairy Farms, Inc. v. Farmland Dairy Farms, Inc.*, 1995-2 CCH Trade Cas. ¶ 71,074 (C.A.N.J., 1995); *Prestressed Concrete Inc. Bladholm Bros. Culvert Co.*, 1993-1 Trade Cas. ¶ 70,187 (C.A. Minn., 1993); *Ghem, Inc. v. Mapco Petroleum, Inc.*, 1993 Trade Cas. ¶¶ 70,161; 70,236 (Tenn., 1993).

[53] Voir p. ex. *Turnbull & Turnbull v. ARA Transportation, Inc.*, 1990-1 Trade Cas. ¶ 69,073 (C.A. Cal., 1990); *McGuire Oil Co. v. Mapco, Inc.*, 1993-1 CCH Trade Cas. ¶ 70,133 (Ala., 1992).

[54] Jordan, «Predatory Pricing after Brooke Group: The Problem of State "Sales Below Cost" Statutes», 44 Emory L.J. 267, 268 (1995). La *Robinson Patman Act*, 15 U.S.C. § 13-13c, est un bon exemple de ce genre de loi fédérale protectionniste. Son titre original était *Wholesale Grocers Protection Act*, et elle a été adoptée pour protéger certains canaux de distribution menacés par la commercialisation de masse. Pour un historique de cette loi, voir *In re General Motors Corp.*, 103 F.T.C. 691 (1984). Pour une analyse générale des lois relatives à la vente «sous le prix coûtant» aux États-Unis, voir, «State Legislation Prohibiting Sales Below Cost», 52 Harv. L.Rev. 1142 (1939).

Il est toutefois impossible de rendre entièrement compte de l'expérience américaine en matière de prix d'éviction sans examiner également le droit des États.

Les auteurs étrangers signalent quelquefois que les États des États-Unis disposent, en matière de prix d'éviction, d'un régime légal élaboré. Cette affirmation est probablement exagérée. Certaines lois étatiques sont appliquées et d'autres non[55]. Bien qu'on s'attende à trouver des prix plus élevés dans les États disposant de mesures d'application de la loi, la seule menace implicite de poursuite peut influer sur l'établissement des prix – en particulier dans les États où les défendeurs sont passibles de sanctions pénales[56]. Ainsi, les lois peuvent avoir des répercussions sur l'établissement des prix, que les États prennent ou non des mesures d'application à leur égard[57].

Certaines lois étatiques sont générales[58], d'autres visent des industries en particulier, comme la vente d'essence au détail[59].

---

[55] Dans d'autres États encore, ou bien les tribunaux ont interprété restrictivement les lois en cause, voir *So-Lo Oil Co. v. Total Petroleum, Inc.*, 832 P.2d 14 (Okla., 1992), ou ils les ont jugées inconstitutionnelles, voir *Kentucky Milk Marketing and Antimonopoly Comm'n v. Kroger Co*, 691 S.W.2d 893 (Kent., 1985).

[56] Les plus grands perdants ... sont les consommateurs des États ayant adopté ce type de lois. Si la loi est appliquée, ces consommateurs paieront plus cher leurs biens et services, car la concurrence vigoureuse est alors illégale (Jordan, *loc. cit.* note 54, à la p. 307).

[57] L'application sporadique de certaines lois étatiques répond probablement à des motifs politiques. En effet, la plupart des procureurs généraux des États sont élus. Or, s'il y a pour eux un avantage politique à donner leur appui à des dispositions législatives visant à garantir un «profit raisonnable» à un certain électorat commerçant, il y en a peu à intenter des poursuites qui ont pour résultat d'entraîner des hausses de prix pour les consommateurs. Cela peut expliquer pourquoi certains États appliquent mollement ces dispositions.

[58] Un auteur dénombre plus de vingt États ayant des dispositions législatives générales en matière de prix d'éviction (Jordan, *loc. cit.* note 54). Pour une liste partielle de ces lois, voir Jordan, *loc. cit.* note 54, Appendix, 1995. Pour une analyse générale des lois des États relatives à la vente sous le prix coûtant, voir Annot., «Validity, Construction, and Application of State Statutory Provision Prohibiting Sales of Commodities Below Cost—Modern Cases», 41 ALR 4th 612 (1985) et Supp. 1998.

[59] D'autres encore visent les cigarettes, le lait, ou l'assurance (Jordan, *loc. cit.* note 54, à la p. 305).

TABLEAU A : LOIS ÉTATIQUES RELATIVES À LA VENTE SOUS LE PRIX COÛTANT

Lois générales sur la VSPC[60]	Lois sur la VSPC concernant l'essence[61]
Arkansas	Alabama
Californie	Colorado
Colorado	Floride
Hawaï	Massachusetts
Idaho	Missouri
Kentucky	New Jersey
Louisiane	Caroline du Nord
Maine	Tennessee
Maryland	Utah
Massachusetts	
Minnesota	
Montana	
Nebraska	
Caroline du Nord	
Dakota du Nord	
Oklahoma	
Rhode Island	
Caroline du Sud	
Tennessee	
Utah	
Washington	
Virginie de l'Ouest	
Wisconsin	
Wyoming	

---

[60] Les données proviennent de Jordan, *loc.cit.* note 54, Appendix. La catégorisation des lois est imprécise. Par conséquent, il existe des différences entre les sources, lesquelles différences dépendent des dates des études, de ce que l'auteur a ou non tenu compte de l'interprétation judiciaire de ces lois, p. ex. une déclaration d'inconstitutionnalité, et du jugement. Je n'ai pas entrepris d'étude indépendante des lois étatiques.

[61] Les données proviennent du tableau I d'Anderson-Johnson, note 69, à la p. 7. J'ai ajouté la Caroline du Nord puisqu'elle figure dans les travaux récents de Johnson. Voir Johnson, note 82. Signalons que les auteurs indiquent qu'ils ont communiqué avec les autorités des États pour confirmer leur liste.

La disposition d'une loi de l'État où j'habite, le Tennesse. interdisant de vendre des desserts congelés sous le prix coûtant compte parmi les plus curieuses[62].

Les efforts déployés en vue de faire réglementer la vente d'essence au détail par les États, dont il a été question plus haut, montrent bien de quoi il s'agit[63]. De façon générale, l'adoption de telles lois a été réclamée par des organismes représentant les détaillants indépendants[64]. Ainsi que je l'ai mentionné, les tribunaux des États ont interprété diversement ces textes de loi, mais ils tendent de plus en plus à mettre l'accent sur l'atteinte à la concurrence plutôt que sur le préjudice causé aux concurrents.

L'ouvrage *Validity, Construction, and Application of State Statutory Provision Prohibiting Sales of Commodities Below Cost*, résumant la jurisprudence en la matière, a été publié dans les American Law Reports en 1985[65]. Le supplément courant examine la jurisprudence des tribunaux des États de 1985 à 1998[66]. Une nette majorité des onze affaires qui y sont analysées ont statué en faveur des défendeurs[67]. Bien que ce facteur seul ne soit pas très significatif, la lecture des décisions récentes indique que les tribunaux des États s'intéressent de plus en plus au tort causé à la concurrence plutôt qu'au préjudice

---

[62] Voir Tenn. Code. Ann. § 53-3-201.

[63] Au cours de la présente décennie, plusieurs États ont légiféré en cette matière. Par exemple, le Montana a adopté une loi en 1991 (voir *Mont. Rev. Code* § 30-14-801). Le Colorado a adopté sa loi en 1993 (voir *Col. Rev. Stat.* § 6-2-105(1b)). Le Missouri a lui aussi légiféré cette même année (voir *Mo. Rev. Code* § 416.600).

[64] Il en va de même des efforts en vue d'obtenir l'adoption d'une loi fédérale. Par exemple, c'est la Society of Independent Marketers of America (SIGMA) qui militait en faveur du H.R. 2966, proposé en 1992.

[65] 41 ALR 4th 612. Les notes analysent tous les types de lois relatives à la vente sous le prix coûtant et non seulement celles qui réglementent la vente au détail d'essence.

[66] 41 ALR 4th 76 (Supp. 1998).

[67] *Ghem, Inc. v. Mapco Petroleum, Inc.*, 850 S.W.2d 447 (Tenn. 1993), 1993-1 Trade Cases (CCH) ¶ 70,161; *Hartsock-Flesher Candy Co. v. Wheeling Wholesale Grocery Co.*, 328 S.E.2d 144 (1984), 1984-2 Trade Cases (CCH) ¶ 66,321; *Kentucky Milk Marketing & Antimonopoly Com. v. Korger Co.*, 691 S.W.2d 893 (Kent., 1985), 1985-1 Trade Cases (CCH) ¶ 66,596; *Remote Services, Inc. v. FDR Corp.*, 764 S.W.2d 80 (Kent., 1989), 1989-1 Trade Cases (CCH) ¶ 68, 394; *McGuire Oil Co. v. Mapco Petroleum, Inc.*, 763 F. Supp. 1103 (S.D. Ala, 1991); *Money Back Inc. v. Gray*, 569 S.2d 325 (Ala. 1990); *Star Services & Petroleum Co. v. State*, 518 S2d 126 (Ala. App. 1986); *Walmart Stores v. American Drugs*, 319 Ark. 214 (1995), 891 S.W.2d 30 (1995); *Glenn Smith Oil Co. v. Sheets*, 704 P.2d 474 (Okla., 1985); *Vollrath Co. v. Sammi*, 9 F.3d 1455 (9th Cir. 1993); *G. Fruge Junk Co. v. Oakland*, 637 F.Supp. 422 (N.D. Cal., 1986).

subi par les concurrents[68]. Cela semble donc indiquer que ces tribunaux emboîtent le pas aux tribunaux fédéraux en ce domaine - quoique plus lentement.

Des chercheurs ont étudié l'effet des lois étatiques interdisant la vente d'essence sous le prix coûtant. Ainsi que le prévoit la théorie économique, ces lois semblent générer des marges de détail supérieures[69]. Il faut signaler les conclusions d'une étude très récente réalisée par Anderson et Johnson[70]. Les auteurs affirment clairement : [TRADUCTION] «Les lois RVSPC visant le marché de la vente d'essence au détail ont engendré des marges plus élevées»[71]. Ces économistes ont également constaté que [TRADUCTION] «la différence entre les marges réalisées à des endroits où s'appliquent des lois RVSPC concernant directement l'essence et à des endroits où aucune loi RVSPC n'est applicable est de plus de 0,02 $ le gallon»[72]. Ils concluent : [TRADUCTION] «les données concernant la marge minimale observée indiquent que [ces lois] restreignent la concurrence en limitant la pression à la baisse qui s'exerce sur les marges de détail»[73].

Les conclusions de cette étude récente sont en harmonie avec celles d'études antérieures. Par exemple, l'étude Savvides-Gellerson sur les effets des lois relatives à la vente «sous le prix coûtant» de trois États du sud-est a constaté que les prix de l'essence y étaient substantiellement plus élevés après l'adoption, alors récente, des lois en question[74].

> [TRADUCTION] Les comparaisons statistiques des fluctuations de prix antérieures et postérieures à l'application des lois indiquent que les prix de détail pratiqués dans les États ayant adopté des lois relatives à la vente «sous le prix coûtant» ont augmenté par rapport au prix américain moyen et par rapport au prix moyen de l'essence vendue dans les États voisins n'ayant pas de telles lois[75].

---

[68] Par exemple, dans la décision *Ghem, Inc. v. Mapco Petroleum, Inc.*, *id.*, la Cour suprême du Tennessee a statué que la loi relative à la commercialisation du pétrole obligeait la demanderesse à prouver à la fois qu'elle entraînait des effets néfastes pour la concurrence et qu'elle causait un préjudice antitrust. En droit, le seul préjudice au concurrent n'était pas suffisant. Dans *Kentucky Milk Marketing*, *id.*, la Cour suprême du Kentucky a jugé que la loi, même si elle interdisait la vente sous le prix coûtant, était en fait une loi prescrivant une marge bénéficiaire minimum et qu'elle restreignait en conséquence de façon inacceptable le système de libre entreprise.

[69] Voir Anderson et Johnson, «Antitrust and Sales-Below-Cost Laws: The Case of Retail Gasoline», Rev. Ind. Org. 1 (1998) [ci-après Anderson-Johnson]. Voir également Hogarty, *The Consumer Impacts of Mandatory Markup Laws & Related Restrictions*, API, fév. 1984.

[70] Anderson-Johnson, *id.*

[71] Anderson-Johnson, *id.*, à la p. 2.

[72] Anderson-Johnson, *id.*, à la p. 8.

[73] *Id.*

[74] E. Savvides-Gellerson, *The Effects of State "Below-Cost" Selling Laws on Retail Prices of Motor Gasoline*, API Research Study 043, 1987.

[75] *Id.*, à la p. 38.

L'augmentation des coûts (en dollars de 1987) était importante.

> [TRADUCTION] Au cours des douze mois ayant suivi la mise en oeuvre de la loi relative à la vente sous le prix coûtant, la baisse de revenu subie par les consommateurs en raison de l'augmentation des prix de l'essence attribuable à cette loi a été estimée à 37 millions de dollars en Alabama, à 43 millions en Géorgie et à 57 millions en Floride[76].

Point important, l'étude Savvides-Gellerson énonce que la corrélation est significative sur le plan statistique : [TRADUCTION] «le test statistique appuie la conclusion voulant que les lois relatives à la vente «sous le prix coûtant soient associées à des augmentations statistiquement significatives du prix de détail de l'essence»[77]. L'étude conclut donc :

> [TRADUCTION] les prix de détail supérieurs associés à la promulgation de lois relatives à la vente sous le prix coûtant peuvent s'expliquer par une diminution de la concurrence. La conséquence qu'on peut en tirer en matière d'intérêt public est donc que ces lois sont anticoncurrentielles et qu'elles nuisent aux consommateurs[78].

Des études antérieures semblent confirmer ces résultats[79] :

Curieusement, les marges plus élevées ne se traduisent pas nécessairement par des profits accrus pour les détaillants que ces lois visent à protéger. Anderson et Johnson parviennent à la conclusion suivante : [TRADUCTION] «dans les États où des lois RVSPC s'appliquent particulièrement à l'essence, les marges [supérieures] ne se traduisent pas par des profits économiques plus élevés pour les

---

[76] *Id.*, à la p. 39. Le prix moyen de l'essence en Alabama a grimpé de 2,08 cents le gallon par rapport à la moyenne régionale, en Géorgie de 2,13 cents le gallon et, en Floride, de 1,39 cents le gallon. *Id.*, aux p. *iii-iv*. On peut lire, dans l'étude Savvides-Gellerson : [TRADUCTION] «Les données indiquent clairement qu'il se produit, dans les États ayant adopté une loi relative à la vente «sous le prix coûtant», une augmentation du prix de l'essence qu'on n'observe pas dans les États de la région où de telles lois n'existent pas». *Id.*

[77] *Id.*

[78] *Id.*

[79] Voir, p. ex., Fenili et Lane, «Thou Shalt Not Cut Prices! Sales-Below-Cost Laws for Gas Stations», 9 Regulation 31-35 (1985). Des études nombreuses, mais qui datent quelque peu, ont analysé sur les allégations selon lesquelles les grandes sociétés subventionnaient leurs canaux de distribution. Voir, p. ex. U.S. Dept. of Energy, *Final Report: The State of Competition in Gasoline Marketing*, 1981; Min. de l'Énergie des É-U, *Deregulated Gasoline Marketing: Consequences for Competition, Competitors, and Consumers*, 1984. Les études commandées par des gouvernements d'États ont donné lieu à des conclusion concordantes. Voir, p. ex., *Final Report to the Washington State Legislature on the Attorney General's Investigation of Retail Gasoline Marketing*, 12 août 1987); *Final Report to the Arizona Joint Legislative Study Committee on Petroleum Pricing and Marketing Practices and Producer Retail Divorcement*, décembre 1988. Aucune de ces études n'a pu réunir suffisamment d'éléments de preuve pour justifier une loi en la matière.

détaillants»[80]. Les conditions d'entrée sur le marché et des facteurs analogues peuvent faire en sorte que les détaillants ne récoltent aucun profit additionnel[81]. Si cette conclusion est vraie, les lois de cette nature ont des répercussions nocives pour les consommateurs sans pour autant réussir à protéger ceux pour qui elles ont été édictées.

Plus récemment, le professeur Johnson a étudié la question de savoir si les lois RVSPC visant particulièrement l'essence avaient modifié le nombre et la structure des points de vente d'essence dans les États qui les avaient adoptées[82]. Il a cherché plus particulièrement à déterminer si ces lois protègent les détaillants indépendants. Comme les études antérieures, celle-ci a conclu qu'elles ne les protègent pas. Le nombre de détaillants indépendants semble décliner tout autant dans les États qui adoptent une loi RVSPC que dans ceux qui ne le font pas[83]. Johnson avance deux explications. Premièrement, l'accès au marché de la vente au détail d'essence est relativement libre, et il est normal que des marges de profit élevées attirent des nouveaux venus. L'avènement des postes d'essence/dépanneurs laisse aussi supposer que la régulation des marges d'un produit de l'ensemble des produits vendus par le détaillant n'empêche pas qu'une concurrence vigoureuse s'exerce relativement à d'autres marges.

Ces conclusions vont dans le sens d'une étude antérieure de M.J. Houston, qui visait à évaluer quelle est l'efficacité des lois imposant des marges bénéficiaires minimum pour préserver les petites entreprises[84]. Si ces lois étaient efficaces, les petites entreprises vigoureuses devraient se trouver en plus grand nombre dans les États qui les appliquent. Or, l'étude n'a pas permis de vérifier cette hypothèse, et son auteur a conclu que ces lois [TRADUCTION] «avaient peu d'effet sur la réussite des petites entreprises de vente au détail». Du point de vue de l'intérêt public, il en résulte une perte pour le consommateur sans gain pour les détaillants indépendants.

Les consommateurs peuvent être sensibles à une telle conclusion. Le Montana a légiféré sur l'essence automobile en 1991[85]. La loi prévoyait qu'un

---

[80] Anderson-Johnson, *loc. cit.* note 69, à la p. 11.

[81] *Id.*

[82] Johnson, *The Impact of Sales-Below-Cost Laws on the U.S. Retail Gasoline Market*, 1999.

[83] *Id.*, à la p. *i*. Il est intéressant de relever que [TRADUCTION] «les résultats indiquent aussi que l'interdiction visant l'exploitation de points de vente par les raffineries (*divorcement*) et les stations libre-service n'a pas enrayé le déclin du nombre de points de vente au détail [...]» *Id.*

[84] Houston, «Minimum Markup Laws: An Empirical Assessment», 4 J. of Retailing 57, hiver 1984.

[85] Johnson, *op. cit.* note 82, à la p. 4. La raison d'être de la loi est exposée dans le texte de loi même. La législature reconnaît que les petits détaillants et distributeurs indépendants d'essence automobile sont un rouage essentiel d'un marché sain et concurrentiel et qu'ils ne peuvent survivre financièrement s'ils doivent faire concurrence à des marchands et distributeurs disposant d'autres sources de revenu, qui pratiquent des prix de détail sous le prix coûtant grâce à des subventions, *id.* L'analyse de l'expérience du Montana est tirée de Johnson, *op. cit.* note 82.

détaillant ne pouvait vendre l'essence à un prix moindre que son coût à la livraison majoré de son coût d'exploitation. Cette mesure législative a provoqué l'hostilité des consommateurs, en particulier lorsque les automobilistes ont comparé les prix qu'ils payaient à ceux qui étaient demandés dans l'État voisin du Wyoming. Devant l'inaction de la législature, les citoyens se sont mobilisés et ont obtenu le nombre requis de signatures pour inscrire la question sur les bulletins de vote de l'élection générale de 1998. Le référendum est passé et la loi a été abrogée.

La conclusion voulant que les lois étatiques régissant la vente sous le prix coûtant font monter le prix de l'essence concorde généralement avec les résultats d'autres études portant sur le marché américain de l'essence, selon lesquelles les conditions de la concurrence ne justifient pas l'intervention législative. La conclusion formulée tout récemment par le professeur Philip E. Sorensen en est un bon exemple.

> [TRADUCTION] Les législatures des États n'ont aucune raison d'intervenir dans le marché existant de la distribution de l'essence. Depuis 1981, aux États-Unis, l'expérience a démontré que l'industrie de l'essence est concurrentielle tant au niveau du marché de gros que du marché de détail. Les prix réels de l'essence sont à leur plus bas niveau depuis les années 1920. La qualité des produits et services continue de s'améliorer ainsi que leur accessibilité en tout temps. Par ailleurs, les taux de profit des entreprises de raffinage sont bas – le contraire de ce à quoi on s'attendrait dans des conditions de coordination des prix ou de puissance commerciale[86].

À la suite de l'augmentation marquée du prix de détail de l'essence au cours des premiers mois de 1996, le président Clinton a ordonné au ministère de l'Énergie de mener une enquête. Dans la lignée des études antérieures relatives à cette industrie[87], celle-ci a constaté que les prix étaient établis en fonction des forces du marché (plutôt que par suite de comportements anticoncurrentiels)[88].

Le rôle de la FTC – La Federal Trade Commission des États-Unis est l'organisme fédéral d'application de la loi qui veille au respect des lois antitrust et des lois de protection des consommateurs[89]. Elle ressemble beaucoup au Bureau de la concurrence du Canada[90]. Lorsque j'y ai siégé comme commissaire (de 1983

---

[86] Sorensen, *Gasoline Prices in the U.S.--Why Do They Differ Among States & Within Regions* (manuscrit non publié, janvier 1998).

[87] Voir, p. ex. les études mentionnées à la note 79.

[88] U.S. Dept. of Energy, *An Analysis of Gasoline Markets*, juin 1996.

[89] La Commission se compose de cinq membres nommés par le Président sur la recommandation et avec le consentement du Sénat. En matière antitrust, elle exerce généralement une compétence concurrente avec la Division antitrust du ministère de la Justice.

[90] La FTC exerce également un pouvoir juridictionnel; elle ressemblerait davantage à la combinaison du Bureau de la concurrence et du Tribunal de la concurrence du Canada.

à 1990) et comme président par intérim (en 1985-1986), il est arrivé souvent que des législatures demandaient à l'organisme de donner son avis sur les effets que des projets de loi concernant la vente «sous le prix coûtant» auraient sur la concurrence. Nous avons généralement accédé à ces demandes, et nous nous sommes invariablement opposés à l'adoption de telles lois parce que nous estimions qu'elles n'étaient pas nécessaires et, surtout, parce que, selon nous, elles auraient pour effet de faire monter le prix de détail de l'essence[91]. L'étude Anderson-Johnson confirme que l'opposition de la Commission était fondée.

Nous avons trouvé particulièrement préoccupante, dans notre examen de ces projets de loi, la présence de propositions allant au-delà de la seule interdiction visant l'établissement de prix d'éviction («sous le prix coûtant»). Certaines dispositions prévoyaient un pourcentage de profit pour les commerçants ainsi que la répartition des coûts des sociétés intégrées[92]. Quelquefois, ces termes n'étaient pas définis avec précision. Nous étions d'avis que ces propositions pourraient ne pas prohiber seulement les prix d'éviction, mais également la concurrence vigoureuse en matière de prix.

Nous craignions que les sociétés intégrées décident, «pour plus de sûreté» de fixer des prix de gros plus élevés que ceux qui auraient autrement été permis. (Cela risque particulièrement de se produire lorsque la loi emploie des termes imprécis ou prévoit des sanctions criminelles)[93]. Nous redoutions également que

---

[91] Voir, p. ex., la lettre du 5 mai 1992 du directeur du contentieux de la FTC, Ronald B. Rowe, à l'honorable David Knowles (en rapport avec le projet de loi n° 2371 de l'assemblée de la Calif.); la lettre du 22 mars 1991 du directeur du bureau régional de Dallas de la FTC, Thomas B. Carter, à l'honorable W.D. Moore Jr. (relativement à la *Petroleum Trade Practices Act* de l'Arkansas); la lettre du 15 mai 1989 du directeur du bureau régional de Dallas de la FTC, Thomas B. Carter, à l'honorable William R. Ratliff (concernant le projet de loi 974 du Sénat du Texas); la lettre du directeur du Bureau of Competition de la FTC., Jeffrey I. Zuckerman à l'honorable Gene Thayer (au sujet du projet de loi 464 de la Chambre du Montana); la lettre du 2 juin 1989 du directeur du bureau régional de Dallas de la FTC, Thomas B. Carter, à l'honorable Francis C. Heitmeier (en rapport avec le projet de loi 444 de la Chambre de la Louisiane). Lorsque les délais ne permettaient pas à la Commission de prendre position, mon propre Bureau le faisait. Voir la lettre du 3 mai 1984 du commissaire Terry Calvani au gouverneur Lamar Alexander.

[92] Un auteur a décrit ainsi la situation aux États-Unis : [TRADUCTION] «De fait, les consommateurs doivent acquitter une taxe imposée par l'État qui a pour effet de transférer leur avoir à des entreprises inefficaces, sous la forme d'une subvention qui maintient artificiellement les prix à un niveau élevé» (Jordan, *loc. cit.* note 54, à la p. 307).

[93] L'expérience des États-Unis indique que l'application ferme de sanctions criminelles constitue un excellent moyen de faire respecter les lois antitrust. La perspective de l'incarcération fait réfléchir. Comme le signale l'ancien directeur des enquêtes et recherches, Howard Weston, maintenant juge : «L'imposition d'une interdiction criminelle au niveau d'une concurrence en matière de prix [...] comporte le danger que les gens d'affaires, en raison des incertitudes [...], hésitent jusqu'à un certain point à se lancer dans une concurrence saine et bénéfique au niveau des prix» (voir Lignes directrices, *op. cit.* note 1, préface).

Il est vrai que les États-Unis ont une disposition criminelle régissant les prix d'éviction. Le Borah Van Nuys Amendment de la *Robinson Patman Act* interdit certaines pratiques de prix d'éviction (15 U.S.C. § 13a). Depuis que j'exerce ma profession, le ministère de la Justice des É-

les litiges traînent en longueur parce que les parties et les tribunaux tenteraient de donner un sens à ces dispositions par ailleurs imprécises.

Il convient de signaler que ces propositions s'inscrivaient dans un ensemble législatif plus vaste portant sur la vente au détail d'essence. Des propositions connexes visaient à interdire les postes d'essence libre-service[94], à imposer des marges bénéficiaires minimum dans le marché du commerce au détail de l'essence[95] ou à exiger que les sociétés pétrolières intégrées se dessaisissent de leurs opérations de détail[96]. Bien que les mesures préconisées diffèrent, ces

---

U. n'a intenté aucune poursuite en vertu de cette disposition. (Il est intéressant de noter que la Cour suprême des É-U a statué qu'il ne s'agit pas d'une loi antitrust au sens de la *Clayton Act* (15 U.S.C. §§ 15, 26) et qu'elle ne peut, en conséquence, fonder des recours privés en dommages-intérêts ou en injonction (*Nashville Milk Co. v. Carnation Co.*, 355 U.S. 373, 343 (1958)). Peu de domaines ont, comme le présent, donné lieu à un tel consensus au sujet du niveau d'application convenable (ou, plus exactement, de non-application). Toutes les administrations antitrust sous les présidents Johnson, Nixon, Ford, Carter, Reagan, Bush et Clinton ont partagé la même optique.

[94] Voir la lettre du 21 avril 1988 du directeur du Bureau of Economics de la FTC, David T. Sheffman, à l'honorable Elizabeth Randall (au sujet des projets de loi S. 15, S. 2321, S. 813 et A. 1385 de l'Assemblée du New Jersey). Les fonctionnaires de la FTC étaient opposés à ces lois, car ils estimaient que [TRADUCTION] «les premiers bénéficiaires de la réglementation semblent être les actuels détaillants d'essence, qui peuvent conserver hors du marché une forme de vente au détail à l'efficacité éprouvée. À l'opposé, les consommateurs du New Jersey et les visiteurs de l'État en sortent clairement perdants» (Lettre de M. Sheffman, à la p. 6).

[95] Voir Hogarty, *The Consumer Impacts of Mandatory Markup Laws & Related Restrictions*, API, fév. 1984. Il n'est pas étonnant que Hogarty ait conclu que de telles dispositions législatives avaient pour effet [TRADUCTION] «d'élever les prix à la consommation» (lettre de Hogarty, à la p. 3).

[96] Voir Hogarty et Dougher, *The Impact of Divorcement on Consumers in Maryland: A Critique of "Gasoline Prices in Maryland Following Divorcement*, API, juin 1987. Consulter toutefois Putnam, Hayes et Barlett, Inc., *Gasoline Prices in Maryland Following Divorcement* 13 mars 1987). Voir Barron et Umbeck, «A Dubious Bill of Divorcement», Regulation, janv.-fév. 1983, à la p. 29.

La FTC s'est vigoureusement opposée à l'adoption de telles lois tant à l'échelon fédéral qu'étatique. Voir la note 50 pour la description de l'appui du Congrès à la loi, lequel n'a jamais été très substantiel. Les projets de loi des États ont donné lieu à des luttes plus intenses. La FTC a produit de nombreux commentaires et témoignages à l'occasion de ces oppositions. Voir la lettre du 18 mars 1987 du directeur du Bureau of Competition, Jeffrey I. Zuckerman, au gouverneur Joe Frank Harris (relativement au projet de loi 177 du Sénat de la Géorgie). La FTC a signalé qu'il n'était pas démontré que les sociétés intégrées avaient un comportement prédateur ou procédaient à des subventions. Elle a également affirmé que le droit fédéral existant permettait de réprimer les pratiques de prix d'éviction et que le projet de loi engendrerait des hausses du prix de l'essence. Voir également le témoignage du directeur du contentieux de la FTC, Ronald B. Rowe, devant le Sénat de Virginie et le sous-comité mixte de la Chambre des délégués sur le «*divorcement*» (23 octobre 1990); la lettre du 23 décembre 1985 du président par intérim de la FTC, l'honorable Terry Calvani, à l'honorable Peter K. Apo (relativement au projet de loi 1376 de la Chambre de Hawaï); la lettre du 22 avril 1987 du directeur du Bureau of Competition de la FTC, Jeffrey I. Zuckerman, à l'honorable Randolph J. Townsend (relativement au projet de loi 420 de l'Assemblée du Nevada); la lettre du 9 avril 1990 du directeur du contentieux de la FTC, Ronald B. Rowe, à l'honorable Daniel E. Bosley (relativement aux projets de loi 2225 et 2226 de la Chambre du Massachusetts.

propositions sont toutes des variations sur un même thème – les sociétés intégrées pratiquent des prix d'éviction et les entreprises indépendantes ont besoin d'être protégées contre cette concurrence.

CONCLUSION

L'expérience américaine en matière de prix d'éviction s'est approfondie avec le temps. Aujourd'hui, les mesures fédérales antitrust sont axées sur la protection du consommateur et mettent l'accent sur le maintien du processus concurrentiel plutôt que sur la protection des concurrents. La position des États, par contre, est plus diversifiée. Certains ont interdit généralement les prix d'éviction, d'autres ont adopté des lois relatives à la vente «sous le prix coûtant» visant des canaux de distribution particuliers et d'autres encore ont combiné les deux régimes. La façon dont ces lois sont appliquées varie également. En outre, les tribunaux ne les interprètent pas tous de la même façon. Certains tribunaux d'États ont exigé la preuve d'un préjudice à la concurrence, et d'autres non. Pour que l'analyse de cette question en arrive au présent stade de perfectionnement, il aura fallu aux tribunaux fédéraux de nombreuses années et de nombreux litiges. Il faudra probablement encore quelques temps et quelques affaires avant que le droit des États ne parvienne au même point.

D'après les publications économiques, les lois relatives à la vente au détail d'essence sous le prix coûtant ont entraîné une hausse de coûts pour les consommateurs. Curieusement, ces lois ne semblent pas avoir permis aux détaillants indépendants de réaliser des profits plus élevés ou d'acquérir plus de stabilité. Il appert donc qu'elles engendrent des coûts pour les consommateurs sans qu'aucun avantage n'en découle pour les canaux de distribution qu'elles visent à protéger.

Le 25 février 1999

Terry Calvani

PILLSBURY MADISON & SUTRO LLP
East Tower, Ninth Floor
1100 New York Avenue, NW
Washington, DC 20005-3000
Tél : 1 202 861 3000
Télécop. : 1 202 822 0944

Terry Calvani est associé du cabinet Pillsbury Madison & Sutro LLP, où il exerce dans le groupe antitrust. Avant de revenir au cabinet, il a été commissaire à la Federal Trade Commission des États-Unis (1983-1990) et président par intérim de l'organisme en 1985-1986.

Après avoir obtenu son diplôme en droit de la Cornell Law School, où il a été éditeur de la revue de droit pendant ses études, il a exercé dans le cabinet susmentionné à San Francisco. De 1974 à 1983, il a enseigné le droit antitrust à la Vanderbilt School of Law. Il est toujours professeur de droit antitrust, et il a récemment enseigné à la faculté de droit de la Harvard University (hiver-printemps 1998 et automne-hiver 1999).

Il a publié un ouvrage, écrit de nombreux articles et participé comme conférencier à plusieurs séminaires sur le droit antitrust. Il a présidé le comité Robinson-Patman, le comité sur la thèse Noerr et l'action des États et le comité spécial sur les sanctions et les dommages-intérêts en matière antitrust de la section antitrust de l'ABA, ainsi que son conseil de direction. Il est membre de l'American Law Institute, il siège au conseil consultatif de l'*Antitrust Bulletin* et il a été membre de l'Administrative Conference des États-Unis.

Depuis que M. Calvani est revenu à l'exercice du droit, il a oeuvré à des projets d'acquisition et de coentreprise dans un très grand nombre d'industries et suivi leur examen par les organismes fédéraux et étatiques compétents. Il a participé à de nombreuses enquêtes civiles et criminelles menées relativement à diverses industries par des autorités fédérales ou étatiques en rapport à des questions autres que le fusionnement. Il a également agi comme conseil en matière antitrust auprès de nombreuses sociétés et de plusieurs associations manufacturières.

Il a des bureaux à Washington et à San Francisco et vit à Nashvile (Tennessee).

Autre bureau :
235 Montgomery Street, Room 1288
San Francisco CA 94104
Tél : 1 415 983 1598
Télécop. : 1 415 983 1200